This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 258 109

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LA

JURISPRUDENCE

EN MATIÈRE CIVILE,

ADMINISTRATIVE, CRIMINELLE ET COMMERCIALE.

La **REVUE CRITIQUE** paraît du 20 au 25 de chaque mois et forme pour l'année un fort volume in-8.

ABONNEMENT ANNUEL.

Pour Paris et les Départements..... 12 fr.
Pour l'Étranger..... 15 fr.

N. B. — A l'expiration de l'année, le prix du volume, pour les personnes qui ne prennent pas l'abonnement annuel, est porté à 15 fr. pour la France, et à 18 fr. pour l'Étranger.

LES CODES FRANÇAIS

CONTENANT LES TEXTES OFFICIELS, LA CONFÉRENCE DES ARTICLES ENTRE EUX; ET SOUS CHAQUE ARTICLE, LE TEXTE DES ANCIENS ÉDITS, ORDONNANCES, LETTRES PATENTES, ETC., NÉCESSAIRES A SON INTELLIGENCE,

PAR LOUIS TRIPIER,

Avocat à la Cour impériale de Paris, Docteur en droit, ex-membre du Conseil général de l'Yonne.

4e ÉDITION. 1852. — 1 vol. grand in-8..... 12 fr.
LES MÊMES, in-32. (*édition diamant*)..... 6 fr.

EXPLICATION DU CODE NAPOLÉON

CONTENANT L'EXAMEN CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE, ET UN TRAITÉ-RÉSUMÉ APRÈS LE COMMENTAIRE DE CHAQUE TITRE,

PAR V. MARCADÉ,

Ancien Avocat au Conseil d'État, à la Cour de Cassation, et du Ministère de l'Intérieur.

5e ÉDITION. 1852. — 8 vol. in-8. — 6 *volumes sont en vente :* 48 fr.

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

ET

DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX, RELATIVEMENT A LEURS BIENS.

Ouvrage contenant en outre l'examen du droit d'enregistrement dans ses rapports avec les conventions matrimoniales,

PAR MM.

RODIÈRE, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

P. PONT, Docteur en droit, Juge au tribunal de Chartres.

2 vol. in-8..... 16 fr.

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cie, 16, rue Racine.

REVUE CRITIQUE

DE LA

JURISPRUDENCE

EN MATIÈRE CIVILE,

ADMINISTRATIVE, COMMERCIALE ET CRIMINELLE,

FORMANT LE

COMPLÉMENT DOCTRINAL DES RECUEILS D'ARRÊTS

PUBLIÉE PAR MM.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris,
Auteur du Commentaire analytique du Code civil, savoir : Liv. III, Titre II, Donations et Testaments, etc., etc., etc.;

V. MARCADÉ
Ancien Avocat au Conseil d'État, à la Cour de Cassation et du Ministère de l'Intérieur, Auteur de l'Explication du Code Napoléon;

P. PONT
Juge au Tribunal de Chartres,
Docteur en droit,
l'un des auteurs du Traité du Contrat de Mariage;

V. MOLINIER
Ancien Magistrat, Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse,
Auteur du Traité de Droit commercial;

EL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, et du Ministère de l'Intérieur,
Docteur en droit.

TOME II. — 2me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Rue des Grés-Sorbonne, 16.

1852

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de juillet 1851,

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal civil de Châteaudun.

SOMMAIRE.

1. *Vente judiciaire; agent de change; notaire.* — Les agents de change ont-ils seuls, à l'exclusion des notaires, le droit de vendre des actions industrielles dépendantes d'une succession bénéficiaire, et cela encore que de fait, de pareilles actions n'aient pas été cotées à la bourse?
2. *Jeu; action en justice; mandataire.* — Les spéculations sur la hausse et la baisse des fonds publics ou de certaines marchandises, présentent-elles le caractère du jeu ou du pari que la loi civile destitue de toute action en justice?
3. En supposant l'affirmative, le mandataire qui sciemment sert d'intermédiaire pour ces opérations a-t-il une action en remboursement des avances par lui faites à son mandant?
4. *Retour légal; enfant naturel.* — L'existence d'un enfant naturel fait-elle obstacle à l'exercice du droit de retour, par le donateur, sur la totalité des choses par lui données au donataire?
5. *Partage d'ascendants; acquêts.* Le partage anticipé qu'un père fait par testament entre ses enfants, peut-il comprendre des biens faisant partie de la société qui existe encore entre lui et sa femme?
6. *Communauté; femme; obligation solidaire.* — La femme qui s'engage solidairement avec le mari a-t-elle droit à l'indemnité réservée par l'article 1431, lorsque l'obligation a pour objet un cautionnement solidaire donné par la femme et par le mari en faveur d'un enfant commun?
7. *Rapport à succession; maître de poste; démission.* — La démission donnée par un maître de poste en faveur de l'un de ses successibles constitue-t-elle un avantage sujet au rapport?
8. *Enregistrement; pluralité de droits.* — Les adjudicataires poursuivant la purge hypothécaire et les créanciers inscrits sont-ils des *cointéressés* dans

le sens de l'article 68, § 1, n° 30 de la loi du 22 frimaire an VII, tellement qu'un seul droit de notification soit exigible sur la notification faite par un seul et même acte, dans l'intérêt commun?

1. — (PARIS, 30 MAI, 11 JUILL. ET 2 AOUT 1851; *Devill. et Car.*, 51, 1, 508 et suiv.) — Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette rapporte, sous ces dates, trois arrêts desquels il résulte que les agents de change ont seuls, à l'exclusion des notaires, le droit de vendre des actions industrielles dépendantes d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, et cela encore que, de fait, de pareilles actions n'aient pas été cotées à la bourse. — D'un autre côté, il résulte de divers jugements successivement rendus par le Tribunal civil de la Seine, les 6 juin 1844, 11 avril 1845 et 16 février 1847, que les ventes judiciaires de meubles incorporels, spécialement la vente d'actions indivises entre un père et son fils mineur, et la vente de créances dépendant d'une succession bénéficiaire, devraient être faites en l'audience des criées par l'intermédiaire des avoués. Ces décisions ne sont pas plus l'une que l'autre, peut-être, à l'abri de la critique.

En matière de ventes publiques de meubles, la loi, on le sait, met à la liberté une entrave nécessaire sans doute, mais assurément très-marquée : elle ne permet pas au propriétaire d'agir librement et sous sa seule impulsion; elle exige de lui qu'il recoure à des officiers ministériels.

Ces officiers ministériels se séparent en deux catégories parfaitement distinctes. Les uns exercent une action qui s'étend à tout ce qui est du domaine de la convention, à tout ce qui constitue un engagement, à tout ce dont l'exécution est rejetée dans l'avenir; ce sont les notaires : les autres, simples intermédiaires entre le vendeur et l'acheteur, remplissent, en matière de ventes publiques, un office dont les effets ne survivent pas à la durée d'un fait matériel, le payement du prix en retour de la livraison de la chose; ce sont les commissaires priseurs, les huissiers, les greffiers, les agents de change, etc.

Une différence aussi marquée dans l'action de ces officiers ministériels, doit nécessairement se refléter dans les conditions de leurs pratiques respectives. Et, en effet, tandis qu'à raison de la

simplicité même de leurs fonctions, ceux de la seconde catégorie ne sont, pour ainsi dire, astreints à aucune formalité, ceux de la première, au contraire, doivent obéir à des règles nettement déterminées, et sans l'observation desquelles leurs actes seraient frappés de nullité.

On comprend, d'après cela, tout ce qu'il y a d'importance à ne pas se méprendre sur les attributions respectives de ces deux classes d'officiers ministériels.

La jurisprudence n'a pas su toujours, à cet égard, tracer avec exactitude et sûreté la ligne de démarcation. Les exemples d'empiétement abondent : si quelques-uns ont été réprimés, il en est d'autres que la tolérance des tribunaux tendrait, au contraire, à faire considérer comme une sorte de droit acquis pour les corporations envahissantes. L'usurpation est, toutefois, aussi caractérisée dans un cas que dans l'autre. Pourquoi donc la jurisprudence présente-t-elle, dans son ensemble, ce défaut d'harmonie? Peut-être parce qu'on ne s'est pas suffisamment enquis du principe général, en cette matière, et qu'à la place du principe général, guide sur lequel il est bon de s'appuyer toujours, on a quelquefois mis des considérations secondaires, susceptibles trop souvent de donner le change.

Il est remarquable que si des lois particulières sont faites en vue de donner à certains officiers ministériels les attributions de vendeurs à l'égard de certains objets déterminés, on ne trouve pas de lois faites spécialement en vue de conférer des attributions semblables aux notaires. Dans quelques-unes de ces lois, les notaires figurent sans doute et sont désignés comme pouvant procéder à la vente et la diriger; mais la désignation est faite de telle manière qu'on y doit voir non point la création d'un droit nouveau, mais le rappel d'un droit préexistant.

C'est qu'en effet, en matière de vente, les notaires ont une aptitude générale, des attributions complètes et absolues qu'ils empruntent moins à des lois spéciales qu'à la loi même de leur institution. Cette aptitude a été amoindrie au profit d'autres officiers ministériels; elle n'en est pas moins restée générale, en ce sens que tout ce qui n'en a pas été formellement détaché y est demeuré compris.

C'est bien là l'esprit dans lequel ont été rendues les décisions judiciaires dans tous les cas où elles ont eu à consacrer, en faveur des notaires, un droit qui leur était injustement contesté.

Ainsi, la Cour de cassation, ayant à statuer sur la prétention élevée par les commissaires priseurs contre les notaires, relativement aux ventes volontaires des meubles incorporels, a dit : « Qu'il est d'autant plus raisonnable de placer la vente de fonds de commerce dans les attributions du notaire, que les ventes de cette nature, qui ne sont susceptibles d'aucune transmission manuelle emportant tradition, entraînent le plus souvent la nécessité de conventions accessoires..... dont les commissaires priseurs ne sauraient être les officiers instrumentaires, et dont, *au contraire, la rédaction en actes authentiques et exécutoires appartient exclusivement aux notaires par la nature même de leur institution.* » La Cour ajoute . « Que les notaires, auxquels la loi accorde assez de confiance pour assimiler leur ministère à celui des tribunaux eux-mêmes, quant à la vente aux enchères des immeubles appartenant à des mineurs (C. pr., 945), sont, à plus forte raison, aptes à vendre, dans la même forme, leur mobilier, surtout lorsqu'il se mélange d'objets corporels et incorporels dont la vente a besoin d'être faite simultanément..... » (Arrêt du 23 mars 1836.) La Cour de Paris, à l'occasion du même différend, avait formulé des considérations identiques, dans ses arrêts des 2 mai 1811, 4 décembre 1823 et 15 juin 1833. Plus tard, à l'occasion d'une autre question, la même Cour a dit : « *Que les notaires seuls sont institués pour recevoir et constater les conventions des parties, et pour donner un caractère d'authenticité aux actes qui les renferment;* que si les huissiers et certains officiers publics participent avec eux au droit de faire les prisées et ventes publiques de meubles et effets mobiliers, *ce droit, émanant de lois spéciales, doit être restreint aux seuls objets qui y sont énoncés...* » (Arrêt du 1er juin 1840.)

Certes, le droit privatif des notaires est posé, dans tous ces textes, d'une manière bien nette. Il y est signalé, pour eux, comme une conséquence, non pas des attributions faites par des lois spéciales, mais bien de la loi même de leur institution. Des lois spéciales ont limité ce droit en conférant à divers officiers

ministériels une certaine aptitude en ce qui concerne les ventes publiques et aux enchères de meubles et effets mobiliers; mais tout ce qui ne rentre pas dans ces attributions spéciales demeure dans celles du notaire, par la raison toute simple que, du moins en matière de vente, ils puisent dans la loi même de leur institution (L. 25 ventôse an XI, art. 1er) le droit de recevoir tous les actes destinés à constater les conventions relatives aux choses de toute espèce qui sont dans le commerce, sans limitation ni exception.

Voilà donc le principe et la règle de solution. En sorte que le rôle des tribunaux se réduit toujours à des termes fort simples dans tout conflit entre les notaires et les autres corporations. En définitive, il s'agit de maintenir chacun dans la sphère de son action. On n'en pourrait sortir sans créer à l'instant une attribution, sans constituer une compétence. Or rien ne serait plus essentiellement contraire à l'esprit général de la législation que d'arriver à un tel résultat par voie d'analogie. Donc la vente publique d'un objet quelconque appartient aux notaires, en vertu de leur aptitude générale, toutes les fois qu'une loi spéciale n'a pas formellement placé la vente de cet objet même dans les attributions des officiers ministériels d'une autre catégorie.

Et maintenant, la vente de meubles incorporels dépendant d'une succession bénéficiaire a-t-elle été l'objet d'une attribution spéciale? Il n'y aurait aucun doute s'il s'agissait de rentes. Le Code de procédure règle expressément le cas par ses articles 636 et suiv. On procède, devant le tribunal du domicile, aux enchères par le ministère des avoués, sur une mise à prix qu'il est toujours facile de fixer. Mais lorsque, à la place de rentes on a des actions industrielles, comme dans l'espèce des arrêts que nous signalons ici à l'attention du lecteur, la raison de décider n'est plus la même. La vente ne peut pas en être faite en l'audience des criées en vertu du Code de procédure, dont les articles 636 et suiv. s'appliquent à une autre catégorie de meubles incorporels. Sous ce rapport les jugements cités plus haut du Tribunal de la Seine, en décidant le contraire, donnaient à la loi une extension que ses termes ne comportent pas. C'est ce que nous avons tenté d'établir ailleurs par des considérations sur

lesquelles nous n'avons pas à revenir quant à présent. (*V.* le *Contrôleur*, art. 9009.)

D'un autre côté, la vente pourra-t-elle être faite à la bourse par le ministère d'un agent de change, ainsi que le décident les arrêts qui font l'objet de notre examen? L'article 76 du Code de commerce paraît très-positif dans le sens de l'affirmative. Cet article porte, en effet, que « les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi, *ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés...* » On peut voir là, comme l'a dit la Cour de Paris, une attribution claire, précise et absolue en faveur des agents de change.

Cependant deux considérations de fait, propres aux espèces dans lesquelles la Cour a statué, auraient dû conduire, suivant nous, à la solution contraire.

D'une part, les actions industrielles dont il s'agissait étaient des actions de compagnie d'éclairage au gaz, des actions de journaux et d'autres qui, pour la plupart, n'avaient pas été cotées à la bourse. Or on pouvait très-bien soutenir, et c'est ce que le Tribunal de première instance avait jugé, que l'article 76 ne s'applique pas à ces actions inconnues que les agents de change sont dans l'usage, non pas de négocier par eux-mêmes, mais de faire vendre par des courtiers marrons sans lesquels l'acheteur ne se trouverait peut-être pas. On oppose la généralité de ces expressions de l'article 76 : « effets publics et autres susceptibles d'être cotés. » Mais on peut répondre avec les jugements infirmés sur l'appel, « que ces derniers termes ne sauraient comporter cette interprétation, générale et absolue, qu'aucune opération relative à la négociation de toute espèce de valeurs et actions industrielles quelconques ne pourrait, dans aucun cas, être effectuée par autre ministère que celui d'agent de change ; que le privilége conféré par cet article à ces officiers publics ne saurait avoir cette étendue illimitée ; que ces expressions de l'article 76 : « susceptibles d'être cotées, » ne peuvent être entendues en ce sens que l'aptitude éventuelle d'une valeur quelconque à être cotée à la bourse la fait nécessairement et par avance rentrer, au point de vue de la négociation, dans le domaine exclusif des agents de change ; qu'elles ne peuvent et doivent être entendues que

des effets et valeurs dont le cours est régulièrement et authentiquement constaté à la bourse, ou dont la mention se trouve, sinon journellement, du moins habituellement portée sur le bulletin de la cote officielle, publié et certifié au nom de la compagnie par le syndic des agents de change. » Et ceci nous paraît d'autant plus raisonnable, que s'il en devait être autrement, le législateur, au lieu d'attribuer aux agents de change la négociation des valeurs « susceptibles d'être cotées, » ce qui suppose une distinction, lui aurait attribué la vente de « toutes les actions négociables, » ce qui n'aurait pas comporté de réserve.

D'une autre part, il s'agissait dans l'espèce des arrêts rendus par la Cour de Paris, de valeurs dépendantes de successions acceptées sous bénéfice d'inventaire. Or on aurait pu soutenir que l'article 76 du Code de commerce, fait pour les cas ordinaires, c'est-à-dire pour les négociations libres, volontaires, spontanées d'effets publics ou de valeurs, est sans application aux ventes que l'héritier bénéficiaire peut être amené à faire soit pour le besoin de son administration, soit dans l'intérêt des héritiers. Il s'agit alors d'une vente *judiciaire*, sur enchères, après affiches et publications (C. civ., art. 805; C. p., 986 et suiv.). C'est là assurément ce que l'agent de change ne peut faire.

Nous n'insistons pas sur ces considérations qui pourraient être développées, et nous concluons : Si la vente dont il s'agit n'est pas dans les attributions des tribunaux civils, par application des règles établies à l'égard des rentes; si elle n'est pas non plus dans les attributions des agents de change en vertu de l'article 76 du Code de commerce, qui paraît fait pour d'autres cas, à qui appartiendra-t-il donc de la faire? Évidemment aux notaires, en vertu du droit commun, en vertu de la loi même de leur institution, en vertu de cette aptitude générale qui, sauf les exceptions nettement établies par la loi, s'étend à toutes ventes, à toutes conventions relatives aux choses de toute espèce qui sont dans le commerce. Ainsi en avaient pensé les juges de première instance; ainsi en avaient pensé également les organes du ministère public sur l'appel [1]; et si l'on réfléchit que l'action du no-

[1] Les arrêts des 30 mai, 11 juillet et 2 août 1851 ont été rendus par les 1re et

taire implique une publicité plus grande, qu'elle permet des concessions de délais et des stipulations de garanties, toutes interdites à l'agent de change, on regrettera d'autant plus que la Cour d'appel n'ait pas cru devoir suivre ces premières données.

2. — (PARIS, 16 JUILL. 1851; *Devill. et Car.*, 51, 2, 512.) — Nous n'exprimerons pas le même regret sur l'arrêt rendu par la même Cour, à l'occasion de ces spéculations d'invention moderne qui ont lieu sur la hausse et sur la baisse soit des fonds publics, soit de certaines marchandises sujettes à des variations fréquentes et notables. Il s'est formé à cet égard une jurisprudence dont l'arrêt de Paris du 16 juillet 1851 est le dernier écho. On s'est demandé s'il faut reconnaître, dans ce genre de spéculation, le caractère du jeu ou du pari que la loi civile destitue de toute action en justice (C. civ., 1965). La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 février 1845 (*J. P.*, 1845, 1, 463; D. P., 45, 1, 101; Devill. et Car., 45, 1, 161), qui a été comme le premier monument de cette jurisprudence, a posé sur ce point une théorie qui, tout en atteignant les transactions fictives se résolvant en payement de différences et couvrant de véritables spéculations sur les fluctuations de hausse et de baisse, laisse aux transactions sérieuses leur liberté d'action. La Cour, en jugeant que les jeux ou paris sur la hausse ou la baisse sont compris dans la prohibition de la loi, fait cette précision remarquable que la prohibition « a pour objet de tracer une ligne de démarcation salutaire entre la loyale négociation des fruits du travail et de l'industrie, ces spéculations sérieuses du commerce, et les marchés fictifs, ces transactions immorales et ruineuses où sont seulement engagées les sommes représentant les différences de valeurs ou de capitaux imaginaires. »

Par là la Cour de cassation a rattaché son arrêt de 1845 à cette jurisprudence progressive et intelligente qui, séparant les marchés à terme des marchés fictifs avec lesquels on avait voulu les confondre, tend à établir qu'une intention sincère et loyale de vendre et d'acheter et la possibilité sérieuse de livrer à l'échéance, ne fût-on pas en possession au moment de la conven-

3e chambres de la Cour de Paris, contre les conclusions de MM. Meynard de Franc et Berville, avocats généraux.

tion, suffisent pour constituer un marché véritable, et écartent toute idée de jeu ou de pari. (*V.* les arrêts des 29 novembre 1836 et du 30 novembre 1842; Dev. et Car., 37, 1, 455; 43, 1, 897; D. P., 37, 1, 90; 43, 1, 421; *J. P.*, 1837, 1, 242, et 1843, 2, 628.)

Ainsi, dans les spéculations de l'espèce, il faut soigneusement distinguer celles qui, faites sans intention de livrer jamais la valeur ou la marchandise, objet prétendu de la vente, n'engagent aucun capital et doivent nécessairement se résoudre en une *différence*, de celles qui, faites sans que le vendeur soit actuellement possesseur de la marchandise ou de la valeur vendue, n'ont pas moins cette marchandise ou cette valeur pour objet, et impliquent nécessairement l'obligation de la livrer à l'époque déterminée. Les premières seules cachent, sous l'apparence d'un marché à terme, un pari véritable; et c'est seulement dans cette mesure que les spéculations sur la hausse et sur la baisse présentent le caractère du jeu ou du pari que la loi destitue de toute action.

D'après cela on comprend bien que les juges du fait ont un pouvoir souverain pour décider, par l'appréciation des circonstances, dans quels cas la spéculation constitue le marché sérieux ou le marché fictif. Mais lorsque les juges du fond ont tiré des faits de la cause la preuve que la spéculation n'a eu rien de sérieux, qu'il n'y a eu rien de vendu ni d'acheté, que tout, en un mot, s'est réduit à un pari perdu par l'une des parties, gagné par l'autre, il y a une conséquence légale qu'ils doivent nécessairement déduire : c'est que le gagnant n'a aucune action pour exiger le payement contre le joueur qui a perdu, et que celui-ci ne peut jamais, soit directement, soit indirectement, être contraint judiciairement à acquitter sa dette.

Pénétrée de ces principes, la Cour d'appel de Paris en a suivi les conséquences dans son arrêt du 16 juillet 1851. Les opérations qu'elle avait à apprécier, dans l'espèce, consistaient en achats, par l'intermédiaire d'un mandataire, de promesses d'actions de compagnies de chemins de fer et d'actions de rente. La Cour a considéré, quant aux promesses d'actions, que les actions des compagnies ne pouvant être négociées qu'après la

constitution régulière en société anonyme de la compagnie adjudicataire, toute vente ou tout achat de promesses d'actions avant l'accomplissement de ces formalités constitue un acte illicite; et, quant aux actions de rentes, que la quantité considérable qui en avait été achetée et mise immédiatement en report, étant en disproportion avec la fortune de l'acheteur, excluait l'intention de sa part de la réaliser et prouvait que l'opération couvrait un véritable jeu sur les fluctuations de hausse et de baisse.

3. Ces préliminaires posés, la Cour a conclu que non-seulement le gagnant, mais encore le mandataire qui avait servi sciemment d'intermédiaire à ces opérations ne devait avoir aucune action en justice, et que celui-ci spécialement ne devait pas être admis à demander à son mandant le remboursement des avances qu'il avait faites relativement à ces opérations. C'est aussi ce qu'avait jugé l'arrêt précité de la Cour de cassation. Et il faut bien aller jusque-là. Ce serait, en effet, tromper le vœu de la loi que décider le contraire, et dans un cas où la loi n'admet *aucune action*, fournir un moyen propre à l'éluder toujours, en supposant qu'entre des joueurs auxquels toute action réciproque est interdite, un tiers pourrait se placer qui, participant au jeu comme intermédiaire, viendrait plus tard, sous le prétexte de payements effectués à la décharge et en l'acquit du perdant, actionner ce dernier en justice. Ainsi entendue, la prohibition de la loi serait illusoire : quel est, en effet, le joueur auquel ferait défaut le secours d'une complaisante intervention? Il faut donc que l'action puisse être déniée même au mandataire du joueur.

Et d'ailleurs les principes du mandat amènent à cette solution. Le mandat n'est obligatoire, il ne produit d'action que lorsqu'il a pour objet une chose qui n'offense ni les lois ni les bonnes mœurs. La loi romaine pose le principe en ces termes : « *Rei turpis nullum mandatum est : et ideo hac actione non agetur* » (l. 6, ff., § 3, *mandati vel contrà*); puis, dans un autre texte, elle en fait l'application à un cas qui présente avec celui dont il s'agit ici une analogie véritable : « *Si adolescens luxuriosus, mandet tibi... Sed et si ulterius directo mandaverit*

tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati : quasi adversus bonam fidem mandatum sit » (*ibid*, l. 12, § 11). Pothier, s'expliquant sur cette loi, dans son Traité du mandat n° 8, dit : « On opposera que la bonne foi oblige ce jeune homme à tenir la promesse qu'il vous a faite de vous rembourser la somme que vous avez prêtée par son ordre à cette courtisane... Je réponds : je veux bien supposer pour un instant cette obligation dans ce jeune homme ; mais cette obligation est détruite par l'obligation que vous contractez envers lui de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion. Ce tort que vous lui avez causé comprend l'obligation qu'on suppose qu'il a contractée envers vous de vous rembourser la somme que vous avez prêtée à sa réquisition à cette courtisane, et par conséquent l'obligation que vous avez contractée envers lui de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion comprend celle de le décharger de cette obligation, et votre obligation détruit la sienne. » Or, ce raisonnement appliqué par Pothier à l'espèce de la loi romaine est également applicable contre l'agent qui a prêté son ministère à une spéculation sur la hausse et la baisse, si cette spéculation n'est au fond qu'un jeu ou un pari. Le joueur sera, si l'on veut, obligé naturellement à rembourser à son intermédiaire les avances que celui-ci aura faites pour lui ; mais, de son côté, cet intermédiaire, en favorisant sa passion pour un jeu illicite, s'est obligé lui-même à réparer le tort qu'il a causé : et cette obligation neutralisant la première, il s'ensuit qu'elle ne peut engendrer aucune action. Cette solution, au surplus, est admise en doctrine et en jurisprudence. M. Troplong la résume dans son Commentaire des contrats aléatoires, n°s 73 et 74, et la Cour de cassation l'a consacrée par plusieurs arrêts, notamment par celui du 11 août 1824, rendu dans la célèbre affaire Perdonnet et Forbin-Janson.

Toutefois, encore sous ce rapport, les doctrines admises sont susceptibles de limitation. On comprend, en effet, que si le mandataire avait agi comme *nudus minister*, non-seulement sans intérêt ni profit, mais encore en consommant pour son mandant des actes dont celui-ci lui aurait laissé ignorer les cir-

constances deshonnêtes, l'action qu'il intenterait en remboursement des avances par lui faites ne pourrait être écartée sous aucun prétexte. (Arrêt du 5 mars 1834; D. P. 34, 1, 156; Devill. et Car., 34, 1, 180; *V.* aussi l'arrêt à sa date dans le *J. P.*) Si l'action peut lui être refusée, c'est seulement lorsqu'il savait que le mandat avait pour but une transaction désavouée par la loi; lorsqu'en l'acceptant, il s'est associé, à ses risques et périls, aux chances du jeu ou du pari.

C'est bien ce qui a été reconnu par la Cour de Paris. Son arrêt du 16 juillet 1851 constate que le mandataire, d'après la nature du mandat qui lui avait été donné, n'avait pu ignorer que ce mandat avait une cause illicite; il constate en outre que le mandataire avait un intérêt personnel dans la spéculation, une partie du bénéfice résultant des opérations faites par l'ordre du mandant devant lui être attribuée. Dans de telles circonstances, instrument et complice du joueur, le mandataire n'était pas plus digne de faveur que le mandant lui-même : et comme le dernier n'aurait pu prétendre à aucune action, le premier ne pouvait pas y prétendre davantage. Ainsi en a pensé la Cour de Paris, dont la décision dès lors ne saurait qu'être approuvée.

4. — (Douai, 14 mai 1851; *Devill. et Car.*, 51, 2, 497). — Au contraire, l'opinion unanime des auteurs s'élève contre le principe d'un arrêt par lequel la Cour de Douai a jugé que le droit de retour en vertu duquel les ascendants succèdent aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants, lorsque ceux-ci viennent à décéder avant eux sans laisser de *postérité*, peut, au cas où, à défaut d'enfants légitimes, le donataire laisse seulement un enfant naturel, être exercé sur la totalité des biens donnés qui se retrouvent en nature dans la succession du donataire, et à l'exclusion de tout droit successif au profit de l'enfant naturel. Il existait avant l'arrêt de Douai, sur cette intéressante question, un seul précédent judiciaire que l'on trouve dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 juillet 1832 (Dalloz, 32, 1, 295; Devill. et Car., 32, 1, 498; *J. du P.* *V.* l'arrêt à sa date); la Cour de cassation aussi a jugé par cet arrêt que la descendance naturelle n'est pas comprise dans

l'expression *postérité* dont s'est servi le législateur dans l'article 747 du Code civil.

Mais la doctrine, qui jusqu'à ces derniers temps n'avait pas trouvé de contradicteur, s'était invariablement prononcée en sens contraire. Avant comme depuis l'arrêt du 3 juillet 1832, on avait soutenu que l'existence d'un enfant naturel fait obstacle à l'exercice du droit de retour au moins dans la mesure du droit appartenant à cet enfant sur la succession du donataire : tel est l'avis de MM. Toullier, Chabot, Delvincourt, Belost-Jolimont, Favard, Duranton, Malpel, Poujol, Vazeille, Richefort, Fouet de Conflans, Zachariæ, Marcadé.

Malgré cette masse imposante d'autorités, nous avons toujours pensé que l'arrêt du 3 juillet 1832, appuyé aujourd'hui par le récent arrêt de la Cour de Douai, contient l'interprétation véritable de la loi. Nous avons été devancé dans l'expression de cette opinion par M. Legentil, qui lui a donné, dans cette Revue même (*V.* t. I, p. 354 et suiv., et p. 489 et suiv.), les développements dont elle est susceptible. Nous ne saurions donc mieux faire que renvoyer le lecteur à cette intéressante dissertation.

5. — (BORDEAUX, 8 AOÛT 1850; Dalloz, 51, 2, 143.) — Dans un autre ordre d'idées, la Cour de Bordeaux a fait une application tout aussi exacte des principes. Dans l'espèce, un père avait fait, entre ses trois enfants, le partage anticipé de ses biens et il avait composé deux des lots, entre autres choses, de plusieurs immeubles dépendant de la communauté d'acquêts existant entre sa femme et lui. La Cour de Bordeaux a pensé que si, aux termes de l'article 1075 du C. civ., les ascendants ont le droit de faire le partage de leurs biens entre leurs descendants, ce droit ne s'étend pas aux biens de la communauté qui, pendant le mariage, n'appartiennent exclusivement ni au mari ni à la femme, et dont la propriété ne s'asseoit définitivement sur la tête de l'un ou de l'autre qu'après la dissolution du mariage, et, en cas d'acceptation de la communauté par la femme, après la liquidation et le partage effectué conformément aux articles 1467 et suivants du Code civil.

La Cour de Bordeaux n'admet pas, on le voit, cette doctrine si étrange de M. Toullier, qu'il n'existerait pour la femme, pen-

dant le mariage, ni communauté, ni copropriété actuelles; que le mari seul posséderait et serait propriétaire de tout ce qui compose la communauté, et que jusqu'à la dissolution du mariage la femme n'aurait qu'une simple expectative. Même sous l'empire du droit coutumier auquel M. Toullier a voulu rattacher sa théorie, cette théorie eût été profondément inexacte, et la maxime *non est proprie socia, sed speratur fore*, d'où il la fait découler, a été par lui détournée de l'ordre d'idées où s'était placé Dumoulin en l'écrivant. (*V.* notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n°s 294 et suiv.)

En effet, la communauté devait être envisagée sous deux aspects très-différents : dans ses rapports avec les tiers et dans ses rapports avec les époux. Vis-à-vis des tiers, il est certain que le mari avait un pouvoir absolu et la faculté de disposer à son plaisir et volonté, tellement que les tiers qui avaient traité avec lui et avec lui seul étaient désormais assurés, pourvu que le mari eût agi sans fraude, c'est-à-dire « sans s'enrichir ou ses hoirs en diminution de la communauté. » (Ferrière, sur l'article 225 de la Cout., t. III, p. 207). Mais s'ensuivait-il que, considérée dans ses rapports avec les époux, la communauté n'existât pas réellement entre eux pendant le mariage? En aucune façon, et Ferrière lui-même, qui a résumé l'opinion de tous les commentateurs de la coutume, exprime « qu'il n'est pas vray de dire que le droit de communauté ne soit acquis que par le décès du mary à la femme, ou par la mort de la femme à ses héritiers : *il est acquis par le contrat de mariage ou par la disposition de la coutume dès la célébration d'iceluy;* ce droit n'est que virtuel et habituel, et non actuel pendant le mariage, mais il ne peut lui être ôté, elle ne peut même pas y renoncer avant la mort de son mary. » (T. III, p. 10.)

C'est sous l'inspiration de cette double pensée que doit être entendu l'avis de Dumoulin. Sans doute il a émis l'opinion « que la femme n'a qu'un droit informe qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront composer la communauté lors de sa dissolution : *non est proprie socia sed speratur fore.* » Mais il a dit également que la communauté a son point de départ dans le mariage constaté par la bénédiction

nuptiale, et même que dans les coutumes qui n'admettaient la communauté que lorsque le mariage avait duré un an et jour, le point de départ de cette communauté se plaçait encore, par un effet rétroactif, au jour du mariage : *trahitur retro ad diem nuptiarum*. Évidemment la première assertion donnait la mesure des droits attribués au mari dans ses rapports avec les tiers et correspondait à l'article 225 de la Coutume de Paris, d'après lequel le mari était « seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage, de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les pouvait vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude »; la seconde déterminait la situation des époux dans la société conjugale et correspondait à l'article 220 de la Coutume, d'après lequel « commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » L'une et l'autre étaient parfaitement exactes dans leur sphère; elles se combinaient fort bien entre elles et ne permettaient pas de douter qu'il y eût, à partir du mariage, une société entre les époux, société établie avec des droits très-inégaux sans doute, mais nullement exclusive de tout droit appartenant à la femme.

A plus forte raison en doit-il être ainsi sous l'empire du Code civil. Car si le législateur nouveau a posé en principe que le mari, seul administrateur des biens de la communauté, aurait même la faculté de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer sans le concours de la femme (art. 1421), il n'en a pas moins refusé au mari la qualification de *maître* et de *seigneur* : il l'a appelé *administrateur*, consacrant ainsi, par une dénomination nouvelle, les modifications que l'on retrouve dans le fond même des choses. Et en effet, l'article 1422 restreint, dans les mains du mari, ce droit illimité qu'il avait autrefois de disposer *à son plaisir et volonté;* l'article 1424 ne lui permet plus d'obliger la communauté d'une manière définitive par toute espèce d'actes. De telles limitations prouvent jusqu'à la dernière évidence que le mari n'est pas seul propriétaire, durant le mariage, des biens de la communauté, et que s'il conserve encore des pouvoirs fort

étendus, ces pouvoirs ne vont pas jusqu'à priver la femme, même durant le mariage, de son droit de commune dans la propriété et dans la jouissance des biens de la communauté.

La Cour de Bordeaux a fait une application très-exacte de ces principes en considérant comme nul un partage testamentaire dans lequel le père de famille avait compris des biens faisant partie de la société d'acquêts qui avait existé entre lui et sa femme. A la vérité, s'il se fût agi d'un legs, l'article 1423 du Code civil eût pu conduire à une solution différente, en ce sens que d'après cet article, le legs, par le mari, d'un objet individuel faisant partie de la communauté, est valable et doit être exécuté, suivant l'événement du partage, soit en nature si l'objet légué tombe dans le lot des héritiers du mari, soit en équivalent si l'objet légué tombe dans le lot de la femme ou de ses représentants. Mais l'acte qui était soumis à l'appréciation de la Cour de Bordeaux était un partage d'ascendant, c'est-à-dire une disposition qui, au fond, est assimilée à la succession dont elle ne fait qu'anticiper l'ouverture. Or un tel partage ne pouvant, par voie d'analogie, avoir pour objet que les choses qui seraient comprises dans la succession de l'ascendant en la supposant ouverte, il est clair qu'il ne saurait s'étendre aux biens de la communauté existante entre cet ascendant et sa femme, puisqu'en droit ces biens, durant le mariage, sont la propriété de la femme autant que du mari, et par conséquent n'appartiennent privativement ni à l'un ni à l'autre. Ainsi en a pensé sans doute la Cour de Bordeaux; et à ce point de vue son arrêt porte sa justification avec lui.

6. — (Rennes, 22 nov. 1848; *Dal.*, 51, 2, 151.) — Dans cette même matière de la communauté, la Cour de Rennes a rendu un arrêt que M. Dalloz a rapporté dans son cahier de juillet 1851, et que nous ne croyons pas devoir passer sous silence, bien qu'il remonte à une date déjà ancienne. Le siége de la difficulté était dans l'article 1431, dont la disposition est ainsi conçue : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » — Le lé-

gislateur prend en considération évidemment l'état de dépendance de la femme, et sanctionnant en quelque sorte un fait que l'expérience de chaque jour vient attester, à savoir que les femmes qui s'engagent solidairement avec leur mari n'interviennent que pour garantir la dette de ce dernier, il déclare que la femme dans ce cas sera obligée, à l'égard du mari, *comme caution* seulement, et lui réserve l'indemnité de l'obligation par elle contractée.

Mais la loi parle de l'obligation solidaire de la femme *pour les affaires du mari ou de la communauté;* elle suppose donc que l'obligation est contractée dans l'intérêt du mari ou dans celui de la communauté. De là cette conséquence que la femme ne doit pas être admise à invoquer le bénéfice de l'article 1431 quand la cause du contrat intéresse ses propres affections et s'explique par un sentiment de bienveillance qu'elle aurait partagé avec son mari. (*V.* notre *Tr. du contr. de mariage*, t. 1, n° 607.)

C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes en décidant spécialement que le cautionnement solidaire donné par une femme avec son mari, en faveur d'un enfant commun, et non dans l'intérêt soit du mari, soit de la communauté, doit être réputé, de la part des époux, un simple contrat de bienfaisance, lequel n'est pas moins personnel à la femme qu'au mari, et, par suite, que la femme n'a droit à récompense que jusqu'à concurrence de la moitié de la somme cautionnée.

Ce point a été controversé anciennement. Lebrun, en effet, s'exprimait en ces termes : « On ne doit pas considérer que la communauté ne profite de rien parce que l'emprunt a tourné au profit d'un tiers. L'indemnité légale ou conventionnelle n'est pas fondée sur le profit que fait le mari, mais sur la faveur de la dot..... On ne peut s'attacher à l'opinion contraire sans ouvrir la porte à toutes les fraudes, car il n'y aurait rien de plus facile que de feindre que les obligations dont le mari profiterait seraient des cautionnements au profit de tierces personnes choisies pour être absolument insolvables, et de ruiner par cette voie les femmes mariées, faute d'indemnité et de recours suffisants. » Cependant, même sous l'ancienne jurisprudence, cette opinion de Lebrun ne prévalait pas. Elle était formellement combattue

par Bacquet, d'après lequel la femme n'avait pas de recours lorsqu'elle n'avait fait que répondre, avec son mari, « pour quelques parents ou amis qui avaient touché les deniers » (*Droits de justice*, ch. 21, n° 98). C'était aussi l'avis de Valin (Cout. de la Rochelle, t. II, p. 743). Et aujourd'hui, en présence des termes positifs de l'article 1431, qui, en faisant supposer une obligation consentie par la femme dans l'intérêt exclusif du mari ou de la communauté, paraît avoir été rédigé en vue de combattre l'opinion de Lebrun, cette opinion ne s'est pas reproduite dans la doctrine.

Mais si le principe est certain, l'application en peut être contestée. Voilà pourquoi la difficulté s'est présentée devant les tribunaux, et même à plusieurs reprises ; car l'arrêt de Rennes que nous signalons ici à l'attention du lecteur n'est pas isolé dans la jurisprudence : deux autres décisions, l'une de la Cour de Lyon, du 11 juin 1833, l'autre de la Cour de Paris, du 30 décembre 1841 (D. P., 34, 2, 143, et 42, 2, 181; Devill. et Car., 33, 2, 654; *J. P.*, 1842, 1, 294), l'ont précédé et ont statué dans le même sens. C'est que la présomption établie par la loi en faveur de la femme est une présomption *juris tantum*. Une telle présomption cède à la preuve contraire ; en sorte que l'indemnité réservée à la femme ne lui étant due, à la dissolution de la communauté, qu'autant qu'il résulte de l'acte ou qu'il est prouvé que l'obligation a été consentie dans l'intérêt exclusif du mari ou de la communauté, on comprend que le mari engage le débat toutes les fois que le fait ne se produit pas dans les conditions auxquelles est subordonnée l'indemnité réservée à la femme, et s'attache en conséquence à prouver, soit que l'obligation a été contractée dans l'intérêt exclusif de la femme, cas auquel celle-ci serait sans action contre son mari et serait tenue pour le tout (C. civ., art. 1216), soit que l'obligation a été contractée dans l'intérêt commun des deux époux, hypothèse qui se réalisait dans les espèces jugées par les arrêts précités des Cours de Lyon, de Paris et de Rennes, et dans laquelle les deux époux sont tenus personnellement chacun par moitié de la dette, ainsi que l'ont jugé ces trois arrêts.

A ce point de vue, on le comprend également, la question est

toute de fait et d'appréciation ; et cela explique que dans aucune des espèces sur lesquelles il a été statué, le différend n'ait pas été soumis à la Cour de cassation.

7. —(REQ. 23 JUIN 1851; *J. P.*, 1851, 2, 33.) — Nous aurions compris la même réserve vis-à-vis d'un arrêt du 26 juillet 1850, par lequel la Cour de Dijon avait décidé que lorsque, par l'effet de l'exercice du droit de présentation toléré en faveur du titulaire d'un brevet de maître de poste, le fils est nommé à un relais à la place de son père, et que, dès l'année suivante, ce fils a réalisé la valeur de son titre en vendant lui-même son établissement, la démission du père constitue un avantage indirect dont le fils doit le rapport à ses cohéritiers dans la succession paternelle, eu égard à la valeur du relais au jour de la démission.

En effet, cette décision ayant été déférée à la censure de la Cour de cassation, cette Cour a décidé, par son arrêt du 23 juin 1851, que lorsque les maîtres de poste, « donnent leur démission en faveur d'un de leurs successibles dans l'intention de l'avantager, et le font nommer à leur place, il n'est pas douteux qu'ils ne diminuent leur patrimoine d'une manière appréciable, et que celui qui a reçu cet avantage ne doive le rapporter s'il vient à leur succession ; et qu'en décidant, dans l'espèce, que le fils n'avait été nommé maître de poste que sur la présentation de son père, qui lui avait fait un avantage réel en donnant sa démission en sa faveur, la Cour d'appel de Dijon s'est livrée à une appréciation de faits et d'intentions qui rentraient exclusivement dans son domaine ; qu'en ordonnant, par suite de cette appréciation, le rapport de cet avantage à la succession paternelle, l'arrêt attaqué, loin de violer les dispositions des lois invoquées, en a fait, au contraire, une juste application. »

Ainsi, dans la pensée de la Cour suprême, c'est l'intention, ce sont les circonstances qui peuvent seules faire tomber l'avantage spécial dont il s'agissait dans l'espèce sous la rigueur du principe posé par l'article 843 du Code civil. En effet, on ne peut pas dire, *à priori*, que le bénéfice résultant pour un successible de ce qu'il a été nommé maître de poste à la place du défunt, même par l'effet de la démission donnée par ce dernier, constitue

un avantage rapportable. Le brevet ou la commission d'un maître de poste n'est autre chose que le titre d'une fonction publique dont le titulaire peut être destitué par l'autorité qui l'en a investi. Il est même de jurisprudence, au Conseil d'État, que l'administration est maîtresse absolue de révoquer un maître de poste sans déduire ses motifs. On peut conclure de là que le brevet de maître de poste ne constitue pas une propriété, et c'est pour cela que de tels brevets sont considérés comme ne tombant pas en communauté (*V.* notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 675). A la vérité, le gouvernement autorise les titulaires à céder leur établissement et à présenter pour successeur celui à qui ils le cèdent (L. 24 juill. 1793, art. 69). Mais ce droit de présentation n'a rien de comparable à celui qui appartient aussi aux officiers ministériels, par exemple. L'État est en quelque sorte engagé à donner pour successeur à l'officier ministériel le candidat qu'on lui présente, pourvu que ce candidat soit dans les conditions déterminées par la loi, et, dans tous les cas, le titulaire qui s'est démis de son office n'en demeure pas moins en possession si le candidat présenté est considéré comme n'étant pas dans le cas d'être agréé. Au contraire, vis-à-vis du maître de poste, l'État n'a pas d'engagement; il peut ne pas nommer à sa place le candidat désigné, et le titulaire n'en demeure pas moins démissionnaire, car sa démission est pure et simple. Il suit de là que le brevet de maître de poste ne constitue pas une valeur certaine; et l'esprit conçoit très-bien telles hypothèses où le titulaire puisse se démettre au profit d'un successible, par exemple s'il est hors d'état de continuer ses fonctions, sans que l'on puisse dire que l'avantage résultant de là pour le successible investi, lui a été procuré aux dépens de la succession.

Mais on conçoit également telles autres hypothèques dans lesquelles la cession constitue un avantage réel au profit du cessionnaire et oblige ce dernier, s'il est successible du cédant, à rapporter à la succession tout ce dont le patrimoine du cédant se serait accru, si la cession eût été faite à un tiers. Il en est ainsi, par exemple, lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt de Dijon vainement déféré à la censure de la Cour suprême, la démission a été donnée par un père parfaitement capable de continuer ses

fonctions en faveur de son fils qui se mariait, non point pour que celui-ci continuât l'exploitation, mais en quelque sorte pour lui constituer une dot que le fils a immédiatement réalisée en vendant lui-même l'établissement.

La question est donc, dans tous les cas, une question de faits et d'intentions : par cela même, un pourvoi dirigé contre l'arrêt émanant des juges du fond ne pouvait aboutir qu'à un rejet.

8. — (CASS., 17 JUIN 1851; *Dalloz*, 51, 1, 237). — Un des principes fondamentaux en matière fiscale, c'est que l'enregistrement d'une convention affranchit de l'impôt toutes les dispositions dérivant de cette convention. Ce n'est pas à dire cependant qu'un même acte ne puisse donner ouverture qu'à un seul droit quelles qu'en soient les stipulations. Il y a sous ce rapport certaines exceptions que le sens intime aurait indiquées quand même la loi ne les aurait pas formellement consacrées.

Ainsi, pour ne parler que de l'une de ces exceptions, la seule que nous ayions à rappeler en vue de la décision spéciale contenue dans un arrêt du 17 juin 1851, la diversité des parties qui figurent dans un même acte peut déterminer la pluralité des droits. Le tarif de 1722 contenait même à cet égard une disposition générale dans son article 96, où on lit : « Pour les contrats et actes qui renfermeront différentes dispositions concernant les mêmes parties, il ne sera payé qu'un droit qui sera pris sur le pied de l'article le plus fort de tous ceux du présent tarif; mais lorsque lesdits actes contiendront différentes dispositions pour différents faits et entre différentes parties qui auront des intérêts différents, il sera payé autant de droits de contrôle, suivant le tarif, qu'il y aura de différentes parties principales ou intervenantes dans lesdits actes pour des intérêts particuliers, chacune suivant la nature des dispositions qui les concerneront. »

La loi du 22 frimaire an VII, ni aucune autre loi sur l'enregistrement ne contiennent une disposition ainsi formulée en thèse générale. Néanmoins, le nombre des parties et la diversité des faits constatés ont été pris en considération par le législateur dans plusieurs cas déterminés que nous n'avons pas à parcourir

ici, mais dont nous citerons le plus important, celui du moins qui a soulevé le plus de difficultés. L'article 68, § 1, n° 30 de la loi du 22 frim. an VII, qui a pour objet les exploits, significations, notifications, commandements, etc., après les avoir soumis à un droit fixe commun, ajoute : « Il sera dû un droit pour chaque demandeur ou défendeur, en quelque nombre qu'ils soient, dans le même acte, excepté les copropriétaires et cohéritiers, les parents réunis, les coïntéressés, les débiteurs ou créanciers associés ou solidaires, les séquestres, les experts et les témoins, qui ne sont compris que pour une seule et même personne, soit en demandant, soit en défendant dans le même original d'acte, lorsque leurs qualités y sont exprimées. » Ainsi la loi établit la pluralité des droits pour le cas où plusieurs demandeurs ou défendeurs agissant dans le même acte sont absolument étrangers l'un à l'autre, et sous ce rapport la disposition, outre qu'elle n'a rien de contraire au principe de l'unité de la perception, est utile et précieuse en ce qu'en enlevant à des parties étrangères les unes aux autres tout intérêt à confondre, dans un même acte, leurs demandes respectives, elle coupe court aux difficultés de procédure et autres qui pourraient résulter de la réunion, dans un même acte, de prétentions ou de défenses absolument distinctes. Mais la loi revient au principe de l'unité de la perception lorsque les demandeurs ou les défendeurs sont liés entre eux par un intérêt commun qui motive suffisamment de leur part une action simultanée et commune.

Maintenant on se demande quand il y a lieu de reconnaître l'existence de cette communauté d'intérêts à laquelle la loi subordonne l'unité de la perception. Le lien existe évidemment entre les cohéritiers, les copropriétaires, les parents réunis, les débiteurs ou créanciers associés ou solidaires. Mais la loi place sur la même ligne les *coïntéressés*. Quelle est la signification de ce mot employé dans la loi du 22 frim. an VII : spécialement, y a-t-il lieu d'y comprendre soit les adjudicataires poursuivant la purge hypothécaire, soit les créanciers qui reçoivent la notification? La Cour de cassation avait à statuer sur l'un de ces points dans l'espèce de l'arrêt que nous signalons ici, et elle s'est prononcée pour la négative, en jugeant que la notification

d'un contrat d'acquisition d'immeuble faite par un même exploit aux divers créanciers inscrits, dans le but d'arriver à l'accomplissement des formalités de la purge, est passible d'autant de droits qu'il y a de créanciers, s'il n'existe entre eux aucun lien d'association ni de solidarité. L'administration, d'un autre côté, va plus loin. Elle pense que quoique plusieurs acquéreurs de portions séparées d'immeubles ayant appartenu au même propriétaire aient formé une association pour accomplir la purge, les significations faites dans l'intérêt commun par le gérant de la société doivent être soumises à autant de droits qu'il y a d'acquéreurs requérants (Délib. du 7 nov. 1834; *V.* le *Traité d'enregistrement* publié par MM. Dalloz, t. I, n° 438). En sorte qu'en combinant les doctrines de la Cour de cassation et celles de l'administration, il s'ensuivrait que les adjudicataires et les créanciers inscrits ayant chacun des intérêts individuels et distincts, il y aurait à percevoir la somme de droits formant la résultante du nombre d'adjudicataires multiplié par le nombre de créanciers, par exemple, 225 droits de notification, si la notification était faite au nom de 15 adjudicataires à 15 créanciers.

Nous ne pensons pas que l'article 68, § 1, n° 30 de la loi de frimaire comporte une pareille application : l'expression *coïntéressés* qui y est employée y résiste absolument, à notre avis. Cette expression, que le législateur de l'an VII a ajoutée aux énonciations de la loi des 5-19 décembre 1790 qui, en posant la même règle, avait fait aussi une exception en faveur « des copropriétaires et cohéritiers, des parents réunis, des débiteurs ou créanciers associés, des séquestres, des experts et des témoins », cette expression, disons-nous, a dans la loi une signification spéciale et distincte de celle de *copropriétaires*, *débiteurs*, etc., puisque ceux-ci y sont également dénommés.

Or cette signification quelle est-elle? C'est, comme nous l'avons établi dans le supplément au *Traité des droits d'enregistrement* (*V.* n°s 886 et suiv.), *l'identité d'intérêts*. La Cour de cassation l'avait elle-même entendu jusqu'ici en ce sens. Ainsi elle a jugé que quoique l'identité d'intérêts ne suppose pas toujours la communauté d'intérêts, cependant la réunion de plusieurs individus ou créanciers pour l'exercice d'une action spé-

ciale dans un but commun, telle que la demande en séparation de patrimoines, établit pour l'objet spécial de la demande la qualité de coïntéressé, en telle sorte que l'exploit introductif n'est soumis qu'à la perception d'un seul droit encore qu'il soit formulé au nom de plusieurs créanciers distincts (arrêt du 2 juin 1832). De même, elle a jugé que les acquéreurs de divers lots d'un même immeuble vendus par le même acte, qui prétendent qu'en vertu de cet acte, ils ont un droit de passage sur le lot d'un acquéreur, et qui se sont réunis pour intenter simultanément leur action contre ce dernier, sont coïntéressés vis-à-vis de la régie de l'enregistrement en ce sens qu'un seul droit doit être perçu sur l'exploit introductif de la demande. (Arrêt du 11 janvier 1842; *V.* ces deux arrêts dans le Traité déjà cité de MM. Dalloz, n°s 432 et 433.)

Eh bien! cette identité d'intérêts existe et pour les adjudicataires poursuivant la purge hypothécaire et pour les créanciers inscrits. Pour les adjudicataires, car entre eux l'unité des titres, l'indivisibilité de l'hypothèque, l'unité de la procédure, de son objet et de ses résultats sont les indices les plus certains de l'identité d'intérêt : et cet intérêt identique c'est la purge hypothécaire. Pour les créanciers, car, ainsi que l'exprime le tribunal de Bressuire, dans un jugement du 14 novembre 1848 rapporté par le contrôleur, article 8522, les créanciers inscrits d'un même débiteur sont évidemment coïntéressés à ce qu'il soit enchéri dans les délais de la loi, la surenchère faite par l'un d'eux pouvant profiter à tous, par le droit de subrogation à la poursuite introduit dans l'article 883 du Code de procédure, par la loi du 2 juin 1841.

Et vainement on dirait avec la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 juin 1851, que le mot *coïntéressés* doit s'entendre de personnes réunies dans un intérêt commun et non de celles qui ont un intérêt particulier et agissent dans un but individuel pour chacune d'elles. Car si la portée de la loi était ainsi restreinte en ce qui concerne les *coïntéressés*, on ne voit pas pourquoi la loi aurait mentionné les cohéritiers, les copropriétaires, les coassociés, les créanciers solidaires pour leur appliquer l'exception. Est-ce que les cohéritiers, les copropriétaires, les co-

associés, les créanciers solidaires n'ont pas aussi un intérêt particulier indépendamment de leur intérêt commun? Est-ce que la loi civile ne s'en explique pas catégoriquement lorsqu'elle dit que « l'obligation contractée solidairement envers le créancier *se divise de plein droit* entre les débiteurs (art. 1214)? »

Nous le croyons donc fermement : l'explication donnée par l'arrêt n'est pas la meilleure ; nous considérons comme de beaucoup préférable, en ce qu'elle est mieux en harmonie avec l'ensemble des textes, celle qui voit dans les coïntéressés dont parle la loi les personnes qui ont un intérêt identique. Car si l'identité d'intérêts n'implique pas nécessairement la communauté d'intérêts, on n'en doit pas moins reconnaître que la réunion de plusieurs individus pour l'exercice d'une action spéciale dans un but identique, établit, pour cette action spéciale, un lien qui, à défaut d'une définition légale, suffit pour rendre applicable l'exception faite par la loi en faveur des coïntéressés.

P. PONT.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

De la compétence à l'effet de prononcer sur les indemnités réclamées par suite de suppression totale ou partielle de la force motrice des moulins et usines établis sur cours d'eau.

Par M. JOUSSELIN,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
auteur du *Traité des Servitudes d'utilité publique*.

Dans la classe si nombreuse et si variée des torts et dommages [1] que peuvent occasionner aux propriétés privées les travaux d'utilité publique, la suppression totale ou partielle *de la force motrice* des moulins et usines établis sur cours d'eau présente une importance et une difficulté particulières en ce qui concerne *la compétence* à l'effet de statuer sur les indemnités ré-

[1] *V.* la livraison de mai 1851, p. 294 et suiv.

clamées. Cette importance et cette difficulté particulières consistent en ce que, pour décider cette question de compétence, il est nécessaire de déterminer la nature spéciale des droits que les citoyens exercent sur les eaux courantes. Car si le cours des eaux, leur pente, leur puissance, ne constituent ni une véritable propriété dans le sens légal, ni surtout une propriété immobilière, il s'ensuit que la suppression totale ou partielle de ces forces motrices ne tombe, dans aucun cas, sous l'empire des lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841, qui ne régissent que l'expropriation des immeubles; et que, par cela même, l'autorité administrative est restée compétente pour statuer sur ces dommages, en vertu des lois du 16 septembre 1807 et du 28 pluviôse an VIII, ou plutôt, comme nous l'avons expliqué, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, et des lois du 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13, et du 16 fructidor an III [1].

En cette matière des moulins et usines, on sait que, sur le droit à indemnité, au fond, la loi du 16 septembre 1807 porte, art. 48 : « Lorsque, pour exécuter un desséchement, l'ouverture » d'une nouvelle navigation, un pont, il sera question de sup- » primer des moulins et autres usines, de les déplacer, modifier, » ou de réduire l'élévation de leurs eaux, la nécessité en sera » constatée par les ingénieurs des ponts et chaussées. Le prix de » l'estimation sera payé par l'État lorsqu'il entreprend les tra- » vaux; lorsqu'ils sont entrepris par des concessionnaires, le » prix de l'estimation sera payé avant qu'ils puissent faire cesser » le travail des moulins et usines. Il sera d'abord examiné si l'é- » tablissement des moulins et usines est légal, ou si le titre d'é- » tablissement ne soumet pas les propriétaires à voir démolir » leurs établissements sans indemnité, si l'utilité publique le re- » quiert. »

Sur la compétence, on sait que les articles 56 et 57 de la même loi déclarent que le procès-verbal d'expertise sera soumis, par le préfet, à la délibération du conseil de préfecture.

Dans cette étude, nous n'avons pas à nous occuper de l'article 48 précité, qui règle le fond du droit à indemnité.

[1] *V.* la livraison de mai, p. 304 et suiv.

Ce travail n'étant que le complément de la théorie générale que nous avons déjà présentée[1] sur le règlement des compétences en des matières dont celle-ci n'est qu'une dépendance, c'est aussi la question de la compétence seule que nous nous proposons d'examiner ici.

C'est à ce point de vue que nous allons, comme dans notre précédent travail, d'abord analyser les décisions émanées des juridictions administratives; puis formuler, sur le tout, un ensemble de doctrine.

§ Ier.

Cette partie de la jurisprudence est une de celles qui ont subi les variations les plus notables, même dans le sein des juridictions administratives.

Le Conseil d'État a commencé par décider, et il a décidé pendant une longue série d'années : que la suppression totale ou partielle de la force motrice d'une usine constitue une véritable expropriation, et qu'en conséquence l'indemnité due à l'usinier doit être réglée dans les formes établies par la loi du 8 mars 1810.

Il l'a jugé, le 17 août 1825 (*Manisse*) : « Vu la loi du 16 septembre 1807 et celle du 8 mars 1810, sur les expropriations » forcées pour cause d'utilité publique; considérant que les travaux de redressement de la rivière de la Scarpe ayant été entrepris postérieurement à la publication de la loi du 8 mars » 1810, c'est d'après cette loi que doit être réglée l'indemnité » due au sieur Manisse pour la dépossession du moteur de son » usine; que, dès lors, à défaut de conciliation sur le montant » de cette indemnité, c'est aux tribunaux et non au conseil de » préfecture à prononcer; l'arrêté du conseil de préfecture du » département du Nord, du 1er août 1823, est annulé pour cause » d'incompétence; le sieur Manisse se retirera, s'il s'y croit fondé, » devant les tribunaux..... »

Dans deux arrêts, du 5 mai 1830 (*Gestat*) et du 17 avril 1834 (*Dutertre*), il a qualifié littéralement d'expropriation la réduction perpétuelle de la force motrice des usines.

[1] Livraison de mai, p. 294 et suiv., et p. 316.

Par un arrêt du 10 juillet 1833 (*Truffault*), il a renvoyé les réclamants devant les tribunaux, pour y faire statuer sur leur demande en indemnité pour diminution de la force motrice d'un moulin.

Même solution dans un arrêt du 18 avril 1835 (*Dietsch*) : « Vu » les lois des 24 août 1790, 28 pluviôse an VIII et 16 septembre » 1807 ; considérant que le sieur Dietsch allègue que, par suite » des travaux exécutés pour rendre la rivière d'Ill navigable jus- » qu'à Strasbourg pour les bateaux à vapeur, son usine éprouve » une diminution permanente de la force motrice qui aurait été » concédée à ses auteurs, à titre onéreux, par la ville de Stras- » bourg, avant sa réunion à la France ; qu'il demande, à ce titre, » une indemnité ; que les travaux dont il se plaint sont posté- » rieurs à la loi du 8 mars 1810, et qu'ainsi les tribunaux civils » sont compétents pour apprécier les prétentions du sieur Dietsch ; » l'arrêté de conflit, du 12 février 1835, est annulé. »

Le 7 août 1843 même, le Conseil d'État avait jugé (affaire *Blanc*) : que l'indemnité réclamée par un particulier à l'occasion de la privation d'un droit exercé par lui sur un cours d'eau, conformément à l'article 644 du Code civil, ne pouvait être apprécié que par l'autorité judiciaire.

Cependant à cette époque et depuis plusieurs années déjà, le Conseil d'État était entré dans une tout autre voie.

Dans une affaire où un propriétaire d'usine réclamait 12,000 fr. d'indemnité pour dépréciation de son moulin par suite de travaux exécutés dans une rivière, le Conseil d'État avait décidé, le 14 avril 1839 (*De Boisredon*) : que le propriétaire ne se plaignant d'aucune expropriation totale ou partielle, et alléguant seulement un dommage qui résulterait pour lui de la surélévation des eaux du Beuvron occasionnée par les travaux que l'administration avait effectués au canal du Nivernais ; aux termes des lois du 16 septembre 1807, du 28 pluviôse an VIII et du 16 fructidor an III, c'était à l'administration seule qu'il appartenait de statuer sur cette demande.

Le 26 décembre 1840 aussi (affaire *Cru*), il avait jugé que : la rivière de la Dordogne étant navigable au point où était mouillé un moulin à nef dont la suppression venait d'être or-

donnée, le conseil de préfecture était compétent pour fixer le montant de l'indemnité à laquelle cette suppression pouvait donner lieu.

Le 22 mars 1841 (*Aubertot*), il avait rendu un arrêt interlocutoire et avait par cela même reconnu sa compétence à l'effet de statuer, au fond, sur une indemnité réclamée pour prétendue diminution de la force motrice d'une usine vendue nationalement.

Mais c'est surtout à partir de 1844 que la jurisprudence du Conseil d'État s'est nettement déclarée dans le sens de la compétence administrative.

En effet, le 17 mai 1844 (*Société des moulins d'Albarèdes*), par un arrêt dont la portée doctrinale est immense, il a jugé : 1° « que la loi du 8 mars 1810 est applicable seulement, ainsi » que cela résulte des articles 3, 6, 9, 16, 25, aux biens *immo-* » *biliers proprement dits;* » 2° « que si, antérieurement à 1566, » des usines ont pu être légalement établies sur les cours d'eau » navigables ou flottables, il ne s'ensuit pas qu'à aucune époque » le cours même de ces eaux qui, *par sa nature*, *ne peut* » *constituer une propriété privée*, ait été aliéné au profit des » concessionnaires desdites usines : que, dès lors, aux termes de » la loi du 16 septembre 1807, les conseils de préfecture sont » compétents pour connaître des demandes en indemnité aux- » quelles des particuliers peuvent avoir droit à raison des dom- » mages causés à leurs usines par suite de l'exécution de tra- » vaux publics, quelle que soit d'ailleurs la nature, l'importance » et la durée de ces dommages. »

A partir de cette ordonnance, la compétence administrative a été confirmée par un grand nombre d'autres décisions du Conseil d'État. En voici la date : 10 août 1844 (*d'Argent*); — 23 août 1845 (*Rambaud*); — 30 mars 1846 (*de Boisset*); — 3 déc. 1846 (*Peyrousse*); — 17 déc. 1847 (*Pinon*); — 27 décembre 1847 (*Aubertot*); — 10 mars 1848 (*Faucheux*); — 20 juin 1848 (*Chevalier*); — 22 juin 1850 (*Rambaud*); — 29 mars 1851 (*Chevalier* et *Truchon*). — Cette dernière décision, et aussi peut-être celle du 20 juin 1848 (*Chevalier*), sont d'autant plus remarquables, qu'elles distinguent entre l'in-

demnité applicable à la dépossession de bâtiments, terres et prés dépendants de l'usine, et celle applicable à la perte de la force motrice, pour attribuer le règlement de la première seulement aux tribunaux civils et réserver le règlement de la seconde à l'autorité administrative.

Enfin, le tribunal des conflits paraît s'être approprié cette jurisprudence. Une première fois, la question avait été discutée devant lui par les parties intéressées et par l'organe du ministère public : cependant un point de vue spécial du litige avait dispensé le tribunal de la résoudre (17 juillet 1850, *de Mortemart*). Mais, quelques mois plus tard, dans une seconde affaire, il a décidé que, d'après la loi du 16 septembre 1807 et l'arrêté du 19 ventôse an VI, c'est devant l'autorité administrative que les propriétaires des usines doivent faire la justification de leurs titres; qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les conseils de préfecture sont compétents pour connaître des réclamations des particuliers qui se plaignent de torts et dommages provenant de l'exécution des travaux publics; que les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841 n'ont enlevé à la juridiction administrative que la connaissance des contestations relatives à l'expropriation totale ou partielle des *immeubles;* d'où il suit que, dans l'espèce dont il s'agissait, le préjudice dont se plaignaient les usiniers consistant, selon eux, dans un ralentissement du cours des eaux dans la chaussée, lequel occasionnerait des atterrissements en amont des vannes et obligerait les propriétaires ou leurs fermiers à des dragages fréquents et dispendieux, l'appréciation d'un tel dommage restait dans la compétence de l'autorité administrative et avait été justement revendiquée en son nom par voie de conflit (28 novembre 1850, héritiers *Ser*).

Tel est le dernier état de la jurisprudence administrative sur cette importante question.

§ II.

Pour renfermer la discussion dans ses éléments essentiels, il est indispensable de reprendre et résumer en peu de mots la déduction que nous avons présentée à l'appui de notre théorie

générale sur les expropriations et autres dommages occasionnés par l'exécution des travaux publics [1].

En principe, avons-nous dit, l'exécution des travaux publics est affaire d'administration.

Si c'est affaire d'administration, tout ce qui concerne cette exécution, soit en elle-même, soit dans ses effets et conséquences, soit dans les réclamations qu'elle soulève, appartient exclusivement à l'autorité administrative, en vertu de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, et des lois du 16-24 août 1790, tit. II, art. 13, et du 16 fructidor an III : les tribunaux ne peuvent en connaître sous aucun rapport.

Les lois du 28 pluviôse an VIII, article 4, et du 16 septembre 1807, article 48 et suivants, n'avaient fait qu'appliquer ces principes, en maintenant dans le sein de l'autorité administrative (sauf la substitution du conseil de préfecture à l'administration active) la compétence à l'effet de prononcer sur les réclamations des particuliers pour tous les torts et dommages résultant de l'exécution des travaux publics jusques et y compris l'expropriation des terrains et la suppression des moulins et usines.

D'un autre côté, les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841 n'ont enlevé à l'autorité administrative que la connaissance des actions en indemnité pour *expropriation* des *immeubles* : ce qui ne s'applique qu'aux *transferts* de la *propriété* des biens *immeubles* proprement dits, du domaine privé dans le domaine public (art. 545 du Code civil; 3, 4, 8, 11, 13, 20 de la loi du 8 mars 1810; 4, 8, 11, 13, 14, 41, 53 et autres des lois du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841).

Tout cela a été démontré dans notre précédente étude sur la théorie générale de la compétence en ces matières [2].

En définitive donc, il s'agit de savoir si, par la suppression totale ou partielle de la force motrice d'une usine établie sur cours d'eau, une *propriété immobilière* est *transférée* du domaine privé dans le domaine public.

1° Nous ne pensons pas, même par rapport aux rivières non

[1] Livraison de mai 1851, p. 304 et suiv.
[2] *Ibid.*

navigables ni flottables, que le cours des eaux, leur pente, leur volume et leur poids constituent une *propriété privée*, dans le sens légal de ces mots. Les mots *propriété privée*, qui caractérisent une chose exclusivement propre à un ou à plusieurs individus, répugnent à la nature essentiellement fugitive des eaux courantes et à leur destination essentiellement commune. « Il » serait impossible, dit l'auteur du *Traité du domaine public*, » de concevoir comment une eau courante qui s'échappe néces- » sairement et sans pouvoir être captivée par aucune puissance » humaine serait néanmoins la propriété exclusive d'un meunier » ou de tout autre. Le droit de propriété ne peut donc se ratta- » cher à la masse d'eau qui s'enfuit, et ce n'est pas là ce qui » peut être l'objet direct des prétentions, soit des meuniers, soit » des propriétaires riverains (t. III, n° 1071). » « L'eau courante « d'une rivière, ajoute-t-il, est destinée aux usages de tous ceux » qui sont à portée de s'en servir sans être la propriété exclusive » de personne (t. III, n° 1076). »

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1846 (Piard; Sirey, 46, 1, 434), que l'on cite habituellement en cette matière, ne tranche peut-être pas notre question spéciale. Il s'agissait, dans cette affaire, de la prétention des riverains à la propriété du lit des rivières non navigables ni flottables, en leur seule qualité de *riverains*, par le seul fait de la position de leurs fonds contigus à la rivière. Or, il y a quelque chose de plus, nous devons le reconnaître, dans la question des forces motrices; il y a de plus : les travaux exécutés en rivière; l'eau, sinon domptée et asservie, du moins dirigée à travers des engins qui empruntent une partie de sa puissance à son passage; l'action de l'homme s'exerçant ainsi sur la nature brute et la pliant à son utilité particulière; enfin, une valeur créée par un effort de sa volonté, de son intelligence, de son travail, sources ordinaires et légitimes du droit de propriété. Il y a, nous en convenons, tout cela de plus dans la question de la force motrice des usines que dans la question des riverains. Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas encore là, du moins relativement à l'eau courante elle-même, les éléments de la propriété véritable. D'aucune partie de cette eau courante l'usinier ne peut dire : *intendo rem meam esse*. Car, en moins de temps

qu'il n'en mettrait à prononcer [1] cette formule de la revendication d'après les lois romaines, l'eau aurait déjà fui loin de sa puissance, et bientôt loin de ses regards, pour porter à des milliers d'autres intéressés, à travers une longue étendue de pays, son action et ses bienfaits. Vainement essaie-t-on de prétendre que, si telle est la nature de l'eau, cela n'empêche pas les usiniers d'en être propriétaires selon sa nature, et autant que le permet sa nature. La logique dit, au contraire, que là où n'existent pas les éléments caractéristiques de la propriété, il ne saurait y avoir de propriétaire. C'est donc à juste titre que le Code civil a qualifié d'usages les droits qui s'exercent sur les rivières non navigables ni flottables (art. 644).

Sous ce premier rapport donc, les lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841 ne sauraient s'appliquer aux cas de suppression totale ou partielle de la force motrice des usines, puisqu'elles n'ont pour objet que les cas d'*expropriation*, et qu'il ne peut y avoir expropriation là où il n'y a pas propriété.

2° A plus forte raison, d'après ce qui vient d'être dit, cette propriété, si c'en était une, ne serait-elle pas une propriété *immobilière*, puisque le mouvement, au contraire, est de l'essence des eaux courantes. Or les lois précitées ne régissent que l'expropriation *foncière* (ordonnance contentieuse du 26 août 1835, *Clament-Zuntz*, au rapport de M. de Gérando). Elles seraient donc inapplicables, par cette deuxième considération, à la suppression totale ou partielle de la force motrice des usines.

3° Ajoutons qu'en s'attachant à l'objet propre de ces lois, au cas spécial pour lequel elles ont été faites, on y trouve encore le germe de la même solution. En effet, le cas spécial pour lequel ces lois ont été faites est celui-ci : une propriété privée est nécessaire pour l'exécution de travaux publics ; il s'agit, pour l'administration, de l'occuper, d'en prendre possession, de s'y mettre à la place du propriétaire. Si l'administration tombe d'accord avec lui et s'il délaisse l'immeuble à l'amiable, s'il le cède, en un mot, tout est dit. Mais s'il ne le cède pas ; si, pour que l'ad-

[1] Daviel, t. II, n° 531, p. 6.

ministration puisse y pénétrer malgré lui et l'en évincer, un acte de l'autorité publique est indispensable, la loi de 1810 et celles qui l'ont suivie ont voulu que cet acte émanât de l'autorité judiciaire. Voilà ce que signifient les mots : « l'expropriation pour cause d'utilité publique s'opère par l'autorité de la justice [1]. »

On en a la preuve dans la note dictée par l'Empereur, à Schœnbrunn, le 27 septembre 1809 [2] :

« On doit d'abord définir, y est-il dit, quelles sont les formes » qui constatent l'utilité publique. Il faudrait que ce fût un séna- » tus-consulte, une loi ou un décret délibéré en Conseil d'État... » Cela une fois posé, le préfet ferait connaître au propriétaire » qu'il doit céder sa maison ou son champ. Celui-ci y consenti- » rait ou n'y consentirait pas. S'il y consentait et qu'on fût d'ac- » cord sur le prix, l'expropriation aurait lieu par un acte en » forme ordinaire, passé par devant notaire, ou, si l'on veut, au » secrétariat de la préfecture, et signé par le cessionnaire..... » Mais si le propriétaire n'est pas d'accord..., alors l'expropria- » tion n'a plus lieu par consentement mutuel ni par contrat, » mais par sentence. »

On en a la preuve aussi dans ces expressions réitérées de la loi du 8 mars 1810 : « terrains ou édifices *destinés à des objets d'utilité* » *publique* » (art. 3) ; « propriétés particulières *auxquelles l'ex-* » *propriation est applicable* » (même article) ; « terrains ou édi- » fices *dont la cession serait reconnue nécessaire* » (art. 5) ; « propriétaires qui soutiendraient *que l'exécution des travaux* » *n'entraîne pas la cession de leurs propriétés* » (art. 8) ; « pro- » priétaires des terrains *sur lesquels se reporterait l'effet des* » *changements proposés* » (art. 9) ; « les points *sur lesquels se-* » *ront dirigés les travaux* » (art. 10) ; « prix *des fonds à céder* » (art. 11) ; « lorsque les propriétaires souscriront *à la cession qui* » *leur sera demandée* » (art. 12) ; enfin, « à défaut de conven- » tions entre les parties..., le tribunal autorise le préfet *à se* » *mettre en possession* » (art. 23).

Ainsi, tout cela est organisé en vue de la prise de possession, par l'administration, contre le gré et contre le droit des pro-

[1] Art. 1er des lois de 1810, de 1833 et de 1841.
[2] Locré, *Législat. sur les expropriations pour cause d'utilité publ.*, p. 541.

priétaires. Ces formalités ont pour but de suppléer le consentement du propriétaire dans les cas où, si ce consentement n'était pas suppléé, son refus formerait un obstacle insurmontable à l'exécution des travaux.

Mais les choses ne se passent pas de même, le droit des propriétaires n'est pas le même, et la même nécessité de vaincre son refus n'existe pas, dans le cas de suppression totale ou partielle de la force motrice des usines. En effet, tantôt c'est une prise d'eau ouverte en amont, qui détourne la totalité ou une partie de la rivière, et les empêche d'arriver à l'usine; tantôt c'est un travail exécuté, au contraire, en aval, qui fait refluer les eaux sous les roues du moulin, et gêne ou arrête leur mouvement. Voilà les causes ordinaires de la suppression totale ou partielle des forces motrices. Or, dans ces circonstances, l'administration n'a rien à demander au propriétaire de l'usine; car l'administration travaille sur des fonds dont elle a la disposition. Et l'usinier ne peut pas se prétendre propriétaire de l'eau qui coule à plusieurs lieues en amont de son moulin, encore moins de celle qui coule en aval. Si un préjudice lui est causé, et si la loi accorde une indemnité pour ce préjudice, une indemnité pourra lui être due. Mais l'administration n'a aucun consentement à lui demander avant de commencer ses travaux; par suite, aucun refus à vaincre. Donc, les lois qui ont pour objet de lui procurer le moyen de vaincre un tel refus sont sans application ici.

4° Une autre considération encore nous frappe, relativement à la composition et à la durée des fonctions du jury spécial d'expropriation, d'après la loi du 3 mai 1841. En effet, d'après l'article 29 de cette loi, c'est le conseil général du département qui, dans sa session annuelle, désigne, pour chaque arrondissement de sous-préfecture, sur la liste des électeurs, 36 personnes au moins et 72 au plus, ayant leur domicile réel dans l'arrondissement, parmi lesquelles sont choisis les membres du jury spécial. Ainsi, deux conditions seulement sont exigées : être inscrit sur la liste des électeurs, et avoir son domicile réel dans l'arrondissement; du reste, aucune connaissance particulière n'est requise. Voilà pour la composition du jury. Quant à la durée de

ses fonctions, l'on sait qu'elle est essentiellement éphémère; l'intention de la loi a été certainement de n'enlever les citoyens à leur profession, à leur état, à leurs affaires, pour ce service public, que pendant un temps très-court. Or cette organisation peut se concilier avec les objets ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, chacun est plus ou moins propriétaire de bâtiments ou de terrains, ou se trouve plus ou moins mêlé à tout ce qui concerne la gestion et la valeur de ces natures de propriétés. De plus, les visites de lieux sont faciles, les éléments d'appréciation sont tout prêts, et présentent un caractère de certitude. En un mot, les estimations peuvent se faire avec une grande célérité. Mais l'estimation d'une usine! Ces vérifications de points d'eau, de pente, de chute, de volume, de poids des eaux, de vannes, de déversoirs, de combinaison de la force du courant avec les roues motrices, de rouages et de rendement intérieurs, d'engins modifiés ou changés à différentes époques, les uns avec autorisation, et comme tels faisant partie de l'état légal de l'usine, les autres sans autorisation, et dès lors devant être défalqués pour la fixation de la valeur légale! Confier tout cela à un individu, par cela seul qu'il est électeur domicilié dans l'arrondissement! Ou, si l'on fait intervenir les hommes de l'art, imposer aux jurés le fardeau de leur magistrature, pendant tout le temps qu'exigeront les opérations minutieuses de l'expertise et la rédaction des procès-verbaux, c'est-à-dire pendant plusieurs mois, nous n'osons pas dire pendant des années entières! Quiconque a tenu, une fois seulement dans sa vie, un dossier administratif concernant une estimation d'usine, et a vu ces immenses procès-verbaux, ces opérations minutieuses, ces calculs, et surtout ces contradictions si communes et souvent si considérables entre les hommes de l'art, n'hésitera pas à affirmer que la loi du 3 mai 1841, et le jury qu'elle organise, n'ont pas été faits pour de pareils cas.

5° Et puis, quelle involution de procédures! Aux termes de l'article 48 de la loi du 16 septembre 1807, § 2, « il doit être » d'abord examiné si l'établissement des moulins et usines est » légal, ou si le titre d'établissement ne soumet pas les propriétaires à voir démolir leurs établissements sans indemnité, si

» l'utilité publique le requiert. » Or, évidemment, cet examen, qui a pour objet des questions de droit, ne peut pas appartenir au jury spécial d'expropriation, qui est une réunion d'estimateurs et non de juges. Cet examen appartient généralement à l'autorité administrative, parce qu'il porte sur des actes administratifs. Il faudrait donc, dans le système de la fixation de l'indemnité par le jury spécial d'expropriation, lui déférer en même temps l'examen de la légalité de l'établissement, ce qui est impossible; ou admettre deux procès pour un, savoir un premier procès administratif sur la question de légalité de l'établissement, et un deuxième procès devant le jury spécial d'expropriation pour la fixation de l'indemnité? Mieux vaut la loi de 1807, qui charge la même autorité de statuer sur les deux questions.

6° Enfin, nous nous demandons pourquoi, si la loi du 3 mai 1841 était applicable ici en ce qui concerne la compétence pour le règlement de l'indemnité, elle ne le serait pas aussi en ce qui concerne la déclaration judiciaire de l'expropriation et les formalités préalables que tracent les articles 2 et suivants de la même loi. Car, si le règlement de l'indemnité doit être attribué au jury spécial d'expropriation, parce que la suppression totale ou partielle de la force motrice des usines constitue une *expropriation*, la même raison amène invinciblement l'application de l'article 1er, qui porte : « *l'expropriation* pour cause d'utilité publique s'o» père par autorité de justice, » et de l'article 2, qui ajoute : « les tribunaux ne peuvent prononcer *l'expropriation* qu'autant » que l'utilité en a été constatée et déclarée dans les formes pres» crites par la présente loi. » Et cependant personne, que nous sachions, n'a jamais prétendu interdire à l'Administration de travailler en rivière, en amont ou en aval d'une usine, avant de s'y être fait autoriser par les tribunaux conformément à l'article 1er de la loi du 3 mai 1841, et avant d'avoir accompli les conditions prescrites par les articles 2 et suivants. Or il y a inconséquence, selon nous, à voir, dans la suppression totale ou partielle de la force motrice des usines, une expropriation quand il s'agit des articles 29 et suivants de la loi du 3 mai 1841, et à ne l'y voir pas quand il s'agit de tous les autres articles de cette loi, qui régit pourtant dans son ensemble un seul et même fait.

En résumé donc, nous croyons qu'il faut suivre pour règles en cette matière :

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1846 (Piard), qui juge que les eaux des rivières même non navigables ni flottables ne sont pas la propriété des riverains, et qu'elles doivent être rangées dans la classe des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, aux termes de l'article 714 du Code civil ;

L'ordonnance royale contentieuse du 17 mai 1844 (société du moulin d'Albarèdes), qui, entrant plus avant dans la question spéciale des forces motrices, décide, relativement à une concession antérieure à 1566 sur une rivière navigable, que la loi du 8 mars 1810 est applicable seulement aux biens immobiliers proprement dits, et que si, antérieurement à 1566, des usines ont pu être légalement établies sur des cours d'eau navigables ou flottables, il ne s'ensuit pas qu'à aucune époque le cours même de ces eaux, qui par sa nature ne peut constituer une propriété privée, ait été aliéné au profit des concessionnaires desdites usines ;

L'ordonnance royale contentieuse du 17 décembre 1847 (Pinon), qui juge aussi, relativement à une usine établie sur un cours d'eau non navigable, que la loi du 8 mars 1810 est applicable seulement aux biens immobiliers proprement dits;

Enfin, l'arrêt du Conseil d'État, du 29 mars 1851 (*Chevalier et Truchon*), qui, se plaçant au centre même de la question, distingue entre les bâtiments et autres immeubles dépendants de l'usine, auxquels il applique la loi du 3 mai 1841, et la force motrice, à laquelle il applique la loi du 16 septembre 1807 et la juridiction administrative.

Cette solution est-elle de nature à inspirer les alarmes que suscitent ses contradicteurs? L'industrie, les manufactures sont-elles par là menacées? Nous ne saurions trop protester contre ces injustes appréhensions. D'abord, le droit à indemnité, au fond, est garanti par la loi elle-même (art. 48 de la loi du 16 septembre 1807); la compétence, judiciaire ou administrative, n'y peut rien changer. Ensuite, le gouvernement n'a aucun intérêt à ruiner dans le présent et à décourager dans l'avenir des établis-

sements qui multiplient les objets de consommation et de commerce, vivifient l'industrie nationale, peuplent des contrées jusque-là désertes, excitent les progrès de l'agriculture, en un mot qui sont les agents tout à la fois les plus économiques et les plus puissants de la richesse publique. Si le gouvernement a besoin de la navigation pour faciliter les transports, il a besoin aussi des usines pour la fabrication des objets à transporter. Son intérêt garantit donc contre son ingratitude.

Quant à nous, loin de partager ces alarmes, nous défendons notre solution comme étant seule en rapport avec les nécessités d'une bonne et exacte justice. En effet, nous avons prouvé que la composition du jury d'expropriation, tel qu'il est organisé par la loi du 3 mai 1841, n'offrirait aucun des éléments d'une appréciation faite en connaissance de cause dans la matière toute spéciale qui nous occupe. Au contraire, dans le système de la loi du 16 septembre 1807 (art. 48 et suiv.), la nomination d'experts possédant des connaissances spéciales et techniques, l'intervention des ingénieurs, l'appréciation par les conseils de préfecture comme juges de première instance, le recours devant le Conseil d'État avec communication au ministre appelé à exprimer son avis sur les prétentions respectives de l'Administration et des particuliers, présentent des conditions d'examen éclairé et de libre contradiction propres à rassurer tous les intérêts.

J. JOUSSELIN.

DES TRAITÉS SECRETS EN MATIÈRE DE TRANSMISSION D'OFFICES.

Par M. Fl. MIMEREL,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ARTICLE.

I. — 1. Nous avons, dans un précédent article, cherché à marquer la différence profonde, essentielle, qui, dans notre opinion, existe en droit dans les relations du vendeur et du cessionnaire d'un office avant ou après le payement de la portion du prix laissée en dehors du contrat ostensible et dissimulée dans une contre-lettre. Nous nous sommes efforcé d'établir que l'ordre public, qui exigeait si impérieusement l'annulation radicale des traités secrets et du payement fait en exécution de ces traités comme acte de ratification, est complétement désintéressé à l'exercice de l'action en répétition ouverte à l'acquéreur par suite de l'indû payement, et qu'il est suffisamment protégé par la seule création de ce droit.

Nous ne craignons plus, dès lors, de proclamer aujourd'hui le principe qui nous paraît devoir dominer toute la matière et servir de guide pour la solution des questions qui peuvent se présenter.

Jusqu'au payement effectué, le droit commun demeure suspendu. Tout est absolument nul, la convention primitive, les pactes confirmatifs, le payement lui-même.

Au contraire, après que la contre-lettre a été acquittée, le droit commun reprend toute son autorité; la créance en répétition des deniers versés sans cause légale subsiste, se modifie ou s'anéantit suivant les mêmes règles que toute autre créance ordinaire; elle est placée dans les biens du créancier, abandonnée à sa discrétion, et comporte les divers modes d'extinction qui émanent soit des seules dispositions de la loi, soit de la volonté de l'homme. Le créancier devient donc absolument maître de son droit; il peut, à sa fantaisie, ou ne pas en user ou même s'en dépouiller formellement; il peut suivre, pour parvenir à la libé-

ration de son cédant, toutes les voies tracées par la loi civile.

2. L'application de cette doctrine ne doit souffrir qu'une seule réserve : c'est que la contre-lettre ne saurait être réputée payée qu'après que le nouveau titulaire a soldé l'intégralité du prix stipulé au traité ostensible ; ou, pour mieux dire, ce n'est point là une restriction de notre théorie, ce n'en est qu'une conséquence directe et immédiate. Car tant que la totalité ou une portion quelconque du prix avoué reste due, il ne peut s'agiter qu'une question d'imputation. En effet, puisqu'il existe entre les parties une obligation véritable, une extinction d'obligation est possible et nécessaire, et dès lors la tradition des espèces se trouve justifiée ; elle revêt les caractères légaux d'un payement et ne donne naissance à aucune action en restitution. Or, on se le rappelle, c'est cette action seule en restitution qui est, selon nous, susceptible de tomber dans le commerce et de fournir un support aux conventions ultérieurement nouées entre le vendeur et l'acquéreur de l'office.

Et qu'on ne dise pas que l'imputation a été volontairement acceptée par ce dernier sur le complément du prix stipulé dans la contre-lettre ; que sans doute il avait le droit de faire imputer son premier payement sur la dette qu'il croyait avoir le plus d'intérêt à acquitter ; mais que, puisqu'il a consenti à une attribution spéciale de ses deniers, nous ne pouvons point prétendre qu'il n'y ait pas, dès lors, payement de la contre-lettre. Cette argumentation préparerait contre notre système une dangereuse objection ; car on ajouterait aussitôt que l'exécution du pacte occulte ayant presque toujours lieu dans un temps où le cessionnaire n'a pu encore reconnaître d'une manière exacte la valeur de l'office, et n'a point recouvré vis-à-vis de son cédant toute son indépendance, il sera toujours facile d'obtenir de lui, dès l'origine, une renonciation à la répétition de ce qu'il aura payé indûment, et de se soustraire ainsi aux coups de la jurisprudence.

Mais nous échappons sans peine à ce piége. Si le pacte secret avait quelque consistance, s'il n'était qu'annulable à raison de la fraude qui le vicie et produisait au moins une obligation naturelle, sans doute le payement serait définitif et l'imputation sous-

crite par le débiteur pleinement efficace. Mais ce pacte n'est légalement que le néant; il n'engendre donc point de dette qui puisse être le fondement d'une imputation, pas plus que d'aucun accord, quel qu'il soit. Il n'existe qu'un engagement, celui qui résulte du traité officiel; tout ce qui est payé vient donc à la décharge de cet engagement, encore que par une stipulation aussi illicite que la contre-lettre elle-même, on l'ait affecté à cet autre compte; et ce qui le prouve surabondamment, c'est que l'acquéreur, alors même qu'il aurait des termes pour l'acquittement du prix ostensible, ne pourrait, d'après l'article 1186 C. civ., réclamer la restitution de ce qu'il aurait soldé en dehors de ce prix et n'en obtiendrait que le report sur sa seule dette effective. Son action en répétition ne prend donc naissance qu'après que cette dette a été entièrement éteinte.

3. En résumé, aussi longtemps que les choses restent dans leur premier état, la nullité originelle et absolue du traité occulte s'étend à tout ce qui est fait en exécution ou en vue de ce traité; toute convention, tout acte de ratification ou de transaction, toute imputation de deniers, le payement même n'ont aucune vitalité légale; la liberté des parties demeure enchaînée et leur volonté impuissante.

Mais après que cet état s'est modifié, après qu'un titre juridique s'est formé, là où il n'y avait auparavant que néant, et qu'une obligation en a découlé, celle de restituer ce qui a été payé en excédant du prix ostensible qui seul était légalement dû, alors, dans cette situation toute différente, ce titre et cette obligation peuvent devenir la base de tous les phénomènes de droit que la loi reconnaît et consacre, soit qu'ils s'opèrent d'eux-mêmes et par la seule force des choses, soit qu'ils requièrent l'intervention des parties : les contractants rentrent dans le plein exercice de leur liberté, et leur volonté retrouve toute son efficacité ordinaire.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, avant le payement, la compensation n'anéantirait pas de plein droit les dettes du vendeur envers l'acquéreur jusqu'à concurrence de la portion de prix contenue dans la contre-lettre. A supposer que ce dernier eût payé comptant son prix officiel et promis en dehors du traité soumis à l'administration une somme égale à celle qui lui serait

due par le premier, il serait encore fondé à poursuivre l'acquittement de sa créance, et les juges n'écarteraient pas son action en lui opposant l'exception tirée de l'article 1290 du Code. Après le payement, au contraire, la créance qui naîtrait, à quelque titre que ce fût, au profit du cédant contre son successeur, se compenserait à l'instant avec celle résultant contre lui de la réception indue du complément de prix, et s'éteindrait en même temps qu'elle.

Ainsi encore, jusqu'au payement, la prescription ne saurait avoir place; elle est inutile pour libérer l'acquéreur des obligations qu'il a souscrites dans le pacte occulte, puisqu'elles n'ont aucune énergie; impuissante pour valider ce pacte, puisqu'il n'est pas simplement annulable à raison du vice de son origine, mais radicalement nul. Après le payement, au contraire, le champ lui est ouvert de nouveau, et elle court, aux termes de l'article 2262, contre cette action en répétition qu'il a enfantée.

De même pour les actes de pure volonté : avant l'exécution du traité secret, les contractants n'auraient pu convenir de lui donner effet; car il y avait pour eux impossibilité absolue de vivifier ce qui n'était pas seulement une lettre morte, mais même était réputé n'être point écrit. Ils n'auraient pas pu davantage convenir que cette exécution accomplie ne serait la source, de la part du cessionnaire, d'aucune réclamation; car cette renonciation, faite par avance au droit de répétition établi dans un intérêt d'ordre public, ne serait au fond qu'une ratification indirecte de ce qui n'est pas susceptible d'être ratifié, et blesserait tout autant l'ordre public que la confirmation de l'acte nul lui-même. Au contraire, après qu'il a été satisfait aux clauses non avouées et que les sommes qui n'étaient pas dues ont été fournies, l'acquéreur de l'office est maître de déclarer qu'il ne veut point revenir sur le passé et se prévaloir du privilége dont il est investi, mais qu'il entend renoncer à l'action qui est dans ses mains et faire à son débiteur remise entière de sa créance. Car la relation a complétement changé entre eux par suite du versement des deniers, et l'abandon qu'il fait alors ne porte plus sur la garantie qui était instituée bien moins pour lui-même que pour la société, mais seulement sur le bénéfice tout pécuniaire

et d'intérêt privé qu'il aurait retiré de l'exercice de cette garantie.

II. — 4. Aucun des nombreux monuments de la jurisprudence en cette matière, n'a fondé, il est vrai, cette théorie. Comme nous le disions en commençant, la magistrature n'a point délimité le cercle dans lequel doit se renfermer l'application du principe qu'elle a promulgué. Mais du moins, dans les arrêts de la Cour de cassation, rien ne s'oppose à notre système; loin de là, s'il ne se trouve nulle part expressément sanctionné, il se fait plus d'une fois pressentir. C'est dans l'étude attentive de ces arrêts que nous croyons en découvrir le germe; c'est là que nous rencontrons l'idée et la justification de notre opinion.

En effet, la Cour de cassation s'est prononcée aussi énergiquement qu'il est possible pour la nullité absolue, l'anéantissement radical de toute contre-lettre tendant à augmenter le prix de l'office cédé. La chambre des requêtes et la chambre civile ont à l'envi insisté dans la rédaction de leurs sentences et n'ont laissé passer aucune occasion sans renouveler leurs déclarations de la manière la plus catégorique. Nous avons cité jusqu'à dix arrêts rendus dans ce sens de 1844 à 1849, dans un espace de moins de six années, et l'on pourrait encore ajouter à cette liste déjà si nombreuse. La Cour suprême l'a dit à satiété : « La contre-lettre est un acte frauduleux, subreptice et contraire à l'ordre public; sa nullité est absolue; elle n'est ainsi susceptible d'aucune ratification obligatoire ou exécution valable; elle n'engendre aucune obligation mutuelle; la somme promise n'est point due [1]. » Elle s'est avancée si loin dans cette carrière, qu'elle a réprimé jusqu'aux atteintes indirectement dirigées contre ces principes à l'aide de stipulations secrètes relatives à la cession des débets avec l'office [2]; qu'elle a rigoureusement frappé de sa censure même l'arrêt qui n'avait maintenu de pareilles stipulations qu'en compensant par une diminution du prix ostensible le préjudice infligé au cessionnaire par suite de leur exécution [3], et qu'enfin elle a impitoyablement dénié aux Cours souveraines le pouvoir d'apprécier la valeur de l'office et de consacrer le traité additionnel,

[1] Arrêt Lecoq, du 5 janvier 1846. Dev., 46, 1, 118.
[2] Arrêt Lainé, du 8 janvier 1849. Dev., 49, 1, 35.
[3] Arrêt Caudel, du 8 janvier 1849. Dev., 49, 1, 31.

dérobé au contrôle de l'administration, lorsque de fait il ne constitue pas une exagération de prix [1].

Et cependant cette même Cour, si sévère dans l'examen de ces sortes de pactes, si inflexible dans l'application du principe, si ferme dans la défense de l'ordre public, cette même Cour n'hésite pas à reconnaître qu'un titre efficace peut se substituer à ce titre si essentiellement nul, et la situation des parties, quelque défavorable qu'elle soit à l'origine, se modifier de telle façon qu'un lien de droit efficace se forme entre elles.

5. C'est ainsi que par arrêt du 4 février 1850 [2], elle a repoussé l'action en répétition du complément de prix d'un office stipulé dans un traité occulte, mais soldé en exécution d'une sentence passée en force de chose jugée. Dans l'espèce, le demandeur, révoqué de ses fonctions, avait laissé colloquer son cédant pour toute la somme qu'il restait lui devoir, aux termes de la contre-lettre aussi bien que du contrat officiel, sur l'indemnité que l'administration avait imposée au nouveau titulaire nommé en son remplacement. Régulièrement appelé, soit à la distribution, soit en première instance et en appel sur le contredit, il avait fait défaut, et le règlement et l'arrêt, exécutés par lui-même, avaient acquis un caractère judiciairement définitif. Aussi, lorsque plusieurs années après, il vint revendiquer la somme que son prédécesseur avait touchée en dehors du prix ostensible, le Tribunal de Meaux et la Cour de Paris écartèrent sa prétention par la fin de non-recevoir tirée de l'article 1351 C. civ. [3], et son pourvoi fut rejeté. La Cour suprême admit donc que la contre-lettre, ce titre vicieux, avait disparu pour faire place à une sentence judiciaire, le plus énergique et le plus puissant de tous les titres; que ce qui n'aurait pu être exigé en vertu du premier, avait été très-valablement payé en vertu du second; qu'enfin l'acquéreur de l'office, incapable de ratifier le pacte nul, avait pu, par une voie détournée, en assurer l'exécution, en laissant s'élever contre lui l'autorité souveraine de la chose jugée qui purge même les erreurs les plus manifestes du juge.

[1] Arrêt Lecoq.
[2] Affaire Gaillardon. Dev., 51, 1, 133.
[3] Dev., 46, 2, 613.

6. Et ce n'est point là une solution exceptionnelle qui repose sur le caractère tout particulier du contrat judiciaire. La Cour a également reconnu, dans une simple novation de la créance, la force de paralyser l'action de l'officier public entre ses mains et d'en suspendre l'exercice. En effet, que le vendeur de l'office transporte à des tiers le prix inscrit au traité ostensible, elle décide que l'acquéreur ne peut s'armer contre eux de son droit de répéter les deniers par lui versés aux termes d'une contre-lettre, et de faire diminuer d'autant par imputation sa dette au détriment des cessionnaires [1]; ce droit se borne alors à une simple restitution et se réduit à la seule personne de son débiteur. Ainsi il suffit de cette mutation de créancier, de cette sorte de novation, pour transformer entièrement les rapports des parties et créer une relation juridique de nature à produire quelque effet en faveur des tiers, et même par contre-coup à l'égard du cédant, là où il n'y avait légalement que néant. C'est encore un titre nouveau qui succède au titre originaire et en efface le vice radical.

En effet, comment justifier une pareille décision sans cette espèce de substitution de titre? La contre-lettre ne pouvant donner lieu à aucun payement valable, la somme fournie par le cessionnaire de l'office devrait donc régulièrement s'imputer sur le prix ostensible et éteindre de plein droit la dette jusqu'à due concurrence par une compensation, s'il n'intervenait une cause nouvelle pour prêter, dans une certaine mesure, efficacité au traité occulte, et tenir en échec le privilége de l'officier public.

Cette doctrine seule explique, en théorie du moins, l'arrêt Dupont. Car dire, comme l'a fait la Cour, que le prix ostensible était dû en entier au moment du transport, sauf le droit de répéter ce qui avait été indûment acquitté, et que le demandeur ne pouvait, en exerçant son droit facultatif de répétition, en faire rétroagir les effets au préjudice des cessionnaires et détruire à l'aide d'une contre-lettre tenue secrète jusque-là la saisine dont la signification régulière de leur transport les avait déjà investis, c'est présenter un motif évidemment insoutenable. La

[1] Arrêt Dupont, du 26 décembre 1848. S., 49, 1, 29.

cession signifiée au débiteur ne saurait le priver du bénéfice de la compensation qui s'est antérieurement opérée à sa décharge; la cause de la compensation est d'ailleurs indifférente, et le principe de l'article 1321 sur la nullité des contre-lettres vis-à-vis des tiers n'a rien à faire ici. Ce n'est pas en vertu d'une contre-lettre portant diminution de la créance cédée, mais bien en vertu du quasi-contrat, tout à fait exclusif d'un caractère occulte, qui résulte d'un payement indûment fait et reçu, que la compensation invoquée au procès s'était accomplie. Le titre de la créance du demandeur n'était pas la contre-lettre, mais la translation des espèces effectuée sans cause et constituant le versement d'un à-compte sur le prix officiel dont il était seul débiteur. Aucune fraude ne pouvait lui être reprochée envers les tiers; il n'y en avait que de la part du cédant, qui avait dissimulé l'acquittement de cet à-compte.

L'arrêt est donc rédigé d'une manière peu satisfaisante. Pour que la vraie théorie y fût nettement exprimée, il aurait fallu que l'officier public eût accepté spontanément le transport; car il aurait alors perdu le profit de toute compensation antérieure, et c'eût bien été par l'effet d'un titre conventionnel nouveau qu'il se serait vu frustré du droit d'opposer aux tiers cessionnaires de son prix les conséquences de la nullité absolue du pacte occulte. Cette circonstance manquait dans l'espèce. Cependant la Cour, entraînée par le sentiment de l'équité et des principes, sans toutefois s'en rendre peut-être un compte assez exact, a rejeté le pourvoi, de même que la Cour de Rouen, avant elle, avait repoussé l'appel. La Cour de Lyon, saisie de la même question, paraît avoir senti le défaut de cet arrêt; elle est arrivée à la même conclusion, mais au moyen de cette déclaration souveraine, qu'il n'était pas constaté dans la cause que les payements faits en exécution de la contre-lettre eussent la priorité de date sur la signification du transport [1].

Quelque critique, au reste, qu'on puisse soulever contre l'arrêt Dupont, et alors même que la Cour suprême, en le prononçant, aurait commis un oubli des dispositions de l'article 1295

[1] Affaire Saint-Cyr. Lyon, 24 août 1849. Dev., 50, 2, 14.

C. civ., il nous importe peu; elle n'en a pas moins donné une éclatante sanction à cette doctrine, que la novation peut faire naître un droit et une obligation là où l'ordre public avait d'abord dénié l'existence de tout droit et de toute obligation.

Par un arrêt plus récent encore [1], la Cour de Bourges a adopté cette même doctrine et en a tiré une déduction qui semble inattaquable. Elle a déclaré intentée à tort la demande en nullité d'un engagement contracté par le cessionnaire d'un office dans des clauses secrètes, et des payements qui en avaient été la suite, par la raison que ce cessionnaire, en revendant sa charge à son tour, en avait imposé l'acquittement à son successeur dans le traité soumis à l'approbation du gouvernement, et avait, par cette sorte de novation, transformé et consolidé l'engagement primitif.

7. Mais la jurisprudence ne s'arrête point là; et en examinant attentivement l'application qu'elle fait à la matière des règles de la prescription, nous rencontrons précisément la confirmation au moins implicite du système que nous présentons.

En effet, lorsque le vendeur de l'office invoque, pour se préserver de la répétition exercée par son acquéreur, l'article 1304 du Code civil, et se prétend libéré par dix années de silence, la Cour de cassation décide que la prescription de dix ans ne saurait être opposée [2], et elle ajoute que la prescription de trente ans seule trouverait place [3].

Quel est le fondement de cette distinction? Pourquoi écarter la prescription de dix ans et admettre celle de trente ans, si ce n'est parce qu'elles s'appuient sur une base différente, et qu'à un moment donné les rapports juridiques des parties subissent une véritable métamorphose? La prescription de dix ans met à l'abri de toute atteinte l'acte qui renferme en lui-même le germe d'une nullité; il en rend l'exécution définitive. Or ici il n'y a pas même un acte annulable, il n'y a légalement aucun acte; dès lors il ne peut y avoir l'exécution même rescindable d'un acte; tout ce qui s'est passé est réputé n'avoir jamais existé.

[1] Affaire Alleli. Bourges, 5 janvier 1850. Dev., 51, 2, 531.
[2] Affaire Lenglet, du 10 février 1846. Dev., 46, 1, 118.
[3] Arrêt Rivière, du 3 janvier 1849. Dev., 49, 1, 282.

C'est donc à bon droit que la Cour suprême a arraché au vendeur d'un office ce bouclier de la prescription de l'article 1304, à l'aide duquel il essayait de se couvrir, de repousser l'action dirigée contre lui, et de faire maintenir et le pacte originaire et son accomplissement.

Mais s'il en est ainsi, si ce pacte n'est, aux yeux des tribunaux, que pur néant, comment donc la prescription de trente ans aura-t-elle quelque efficacité? Car elle ne peut pas communiquer la vie à ce néant, elle dont l'unique puissance est d'anéantir les droits existants, et elle est inutile pour briser des liens qui n'ont jamais été serrés. Et cependant les juges proclament qu'elle produira ses effets, là où la prescription de dix ans n'a point accès. C'est qu'une cause nouvelle s'est révélée qui servira de soutien à ce phénomène légal de la prescription de trente ans; c'est qu'il ne s'agit plus de statuer sur la contre-lettre et les nullités qu'elle entraîne après elle, mais bien sur la répétition de l'indû; qu'enfin, au lieu d'une stipulation et d'un payement entièrement nuls, que rien ne pouvait étayer et desquels il était impossible qu'il sortît un droit ou une obligation quelconque, il a surgi, par le seul fait de la livraison des deniers et indépendamment du titre imaginaire, un droit et une obligation corrélatifs, le droit de réclamer et l'oblition de restituer la somme versée sans être due. Or cette corrélation se traduit en une action qui pourra, comme toute autre, périr par la prescription de trente ans. Ce changement de titre et de situation juridique rend donc seul raison de la décision de la Cour suprême. Il est si vrai que ce fait d'un payement irrégulier constitue une cause nouvelle qui vient se substituer à l'état primitif des choses, que ce n'est pas de la date du traité, mais bien de celle du payement, que part le délai de trente années.

Cette déduction des principes, déjà si évidente par elle-même, se fortifie encore de l'autorité du Tribunal de la Seine, qui, dans un remarquable jugement du 3 juin 1845, confirmé par la Cour de Paris le 5 décembre 1846, a formellement déclaré, en écartant le moyen emprunté de la prescription de l'article 1304, qu'aucun rapport ne peut exister entre l'action dite *condictio indebiti*, qui n'exige que la preuve du payement effectué et de

l'indue perception, et l'action en nullité de conventions ayant pour objet de faire rompre en justice un lien de droit formé par un contrat apparent et licite en lui-même, qui doit se soutenir jusqu'à démonstration des vices qui peuvent en motiver l'annulation; qu'il ne s'agit alors que de la révélation et de la constatation d'un fait en quelque sorte matériel, qui ressort tout entier de la quittance produite, sans que pour sa manifestation il soit aucunement besoin de supposer même l'existence d'une contre-lettre ou d'un traité qui a pu ne jamais exister [1].

De ces motifs si précis et si logiques nous retenons ce double enseignement, qu'il n'y a aucun rapport entre le droit de répéter les deniers indûment payés et celui de faire annuler la contre-lettre, et que le premier est complétement indépendant du second, à ce point qu'il ne présuppose même pas l'existence d'un titre. La prescription de trente ans ne peut se concevoir qu'avec le premier de ces deux droits si distincts; celle de dix ans, qu'avec le second. Or, puisque la prescription de trente ans devient applicable, tandis que celle de dix ans ne l'est ni à l'origine ni dans l'avenir, c'est donc que là où il n'y avait que néant, et non simplement un pacte annulable, le payement indû a donné naissance à un droit positif capable de fournir un support à des phénomènes de création légale.

8. Et si ce droit suffit à soutenir de pareils phénomènes, pourquoi ne suffirait-il pas de même à asseoir ceux qui dérivent non plus de la loi seule, mais de l'accord des parties? Pourquoi, si cette action en restitution est susceptible de s'éteindre par l'effet de la prescription, ne le pourrait-elle pas également par l'effet d'une renonciation ou d'une transaction?

Et ici qu'on ne nous oppose pas les arrêts Legrip et Mesnil, rendus par la Cour suprême, qui ont prononcé la nullité de transactions intervenues sur des traités secrets [2]. Deux remarques détournent à l'instant l'argument que d'abord ils semblent présenter contre notre théorie. La première, c'est que, dans l'une ni dans l'autre de ces espèces, le procès ne roulait sur une transaction véritable; dans l'affaire Legrip, il y avait eu sim-

[1] Affaire Pitois. Dev., 45, 1, 643, à la note.
[2] Arrêts des 7 juillet 1841 et 20 juin 1848. Dev., 41, 1, 571, et 48, 1, 450.

plement réduction du supplément de prix stipulé dans la contre-lettre et dissimulé à l'autorité; dans l'affaire Mesnil, l'acte consistait dans une reconnaissance du prix secret, dans un règlement de compte et dans la délégation du sous-acquéreur de l'office, chargé d'acquitter la dette de son cédant. Ni dans l'une ni dans l'autre de ces conventions, qu'on avait qualifiées de transactions, il n'y avait l'élément essentiel d'une transaction sérieuse, l'abandon réciproque de quelque prétention, l'échange de deux sacrifices qui fussent l'équivalent et le prix l'un de l'autre. Ces conventions n'étaient donc rien autre chose que la ratification du pacte nul, déguisée sous le nom impropre de transaction dans l'espoir d'échapper à la juste sévérité de la jurisprudence.

La seconde remarque, et la plus décisive, c'est que, ni dans l'une ni dans l'autre espèce, le prix de l'office n'avait été payé, et qu'en conséquence le droit de répétition du complément de prix, qui a seul une existence positive et tombe seul dans le commerce, n'était pas encore né. Dès lors les parties ne pouvaient traiter, quelle que fût d'ailleurs la nature de leurs stipulations, qu'à l'occasion de l'acte radicalement nul et sur sa nullité d'ordre public, et ce traité confirmatif devait nécessairement manquer par la base et s'écrouler de lui-même.

Il est donc au moins fort douteux que la décision de la Cour fût semblable dans un cas où le débat porterait une vraie transaction, sur une transaction relative au droit de se faire restituer la somme indûment payée.

9. Nous ne parlons pas, en terminant cette revue, de l'arrêt Poisson, du 7 juillet 1841, qui a refusé à une caution l'imputation à sa décharge sur le prix ostensible de l'office du supplément soldé en exécution d'une contre-lettre [1]. Cet arrêt appartient au temps où l'on regardait encore les pactes occultes comme productifs d'une obligation naturelle. Il n'a fait d'ailleurs qu'appliquer à la caution la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

Ainsi, en résumé, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît autoriser la doctrine que nous développons, bien loin de

[1] Dev., 41, 1 693.

la condamner, puisque cette doctrine seule explique et concilie toutes ses sentences. Si elle n'a pas encore délimité l'étendue d'application qu'il convient de fixer au principe de la nullité des contre-lettres, du moins tout fait augurer qu'elle ne dépassera pas les bornes que nous indiquons.

10. Quelques Cours d'appel se montrent jalouses, il est vrai, de se distinguer par une excessive rigueur. La Cour de Lyon a considéré, dans un arrêt que nous citions plus haut [1], le compromis comme absolument prohibé entre l'acquéreur et le vendeur d'un office qui ont souscrit des clauses secrètes tendant à augmenter le prix avoué de la cession. Cette décision serait sans doute inattaquable dans l'hypothèse où les arbitres auraient été saisis de la question de savoir si la contre-lettre, à raison des circonstances, devait être lacérée ou ratifiée; car la nullité étant d'ordre public, les contestations qu'elle peut soulever ne sauraient être soustraites à la connaissance des juges ordinaires. Mais si le cessionnaire avait simplement consenti à soumettre à leur appréciation la convenance et l'équité qu'il y aurait pour lui à user du privilége que lui confère la jurisprudence, de rentrer dans les sommes par lui volontairement acquittées, sommes qu'il est du reste parfaitement maître de laisser aux mains qui les ont reçues, on ne comprend plus en vertu de quel principe la Cour de Lyon lui a dénié la liberté de confier à des juges de son choix le règlement de ses intérêts privés.

La Cour de Rouen, de son côté, a crû qu'une renonciation spontanée au droit déjà ouvert de se faire restituer les deniers indûment payés, ne constituait jamais qu'un titre précaire et ne libérait pas définitivement le vendeur de l'office qui les avait perçus [2]. Mais sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt par notre savant prédécesseur, M. Marcadé, l'arrêt d'admission que nous avons obtenu, conformément aux conclusions très-nettes de M. l'avocat général Rouland [3], nous inspire la conviction que la Cour régulatrice réprimera cette extrême inflexibilité et posera

[1] Arrêt Saint-Cyr, du 24 août 1849. Dev., 50, 2, 14.
[2] Affaire Delamotte. Rouen, 26 décembre 1850. Dev., 51, 2, 97.
[3] Arrêt du 16 juillet 1851. *V.* le *Droit* et la *Gazette des Tribunaux* du 17 juillet.

d'une manière bien explicite la théorie à laquelle il faut se rallier.

III. — 11. Deux sortes de considérations paraissent dominer la pensée de ces juges sévères, qui veulent maintenir jusqu'au bout le vendeur de l'office dans les liens d'une obligation vis-à-vis du cessionnaire qui a fourni un complément de prix, quelque chose que tente celui-ci pour lui procurer sa libération.

En droit, ils se préoccupent par-dessus tout de la nullité d'ordre public qui atteint les actes occultes portant augmentation du prix des offices, et de la nullité originaire qui infecte tout ce qui est la suite du pacte illicite. Tous nos efforts ont précisément tendu à dissiper ce scrupule. Nous nous gardons bien de nier le principe qu'ils invoquent; nous reconnaissons toute son exactitude, toute son autorité. Il est vrai que même l'exécution d'un acte radicalement nul, nul de par l'ordre public, n'a aucune valeur légale. Mais nous espérons avoir prouvé que par le fait du payement indû, il se produit un droit certain, qui ne touche plus par aucun côté, soit au point de vue de la théorie, soit au point de vue de la pratique, à l'ordre public, et qui appartient au contraire tout entier à la sphère des intérêts privés; nous croyons avoir justement tracé une ligne de démarcation au delà de laquelle le principe de la nullité radicale perd toute influence.

Ajoutons que la contre-lettre ne contient pas en elle-même la raison de son anéantissement; ce n'est pas la nature de l'acte, mais uniquement le danger de ses conséquences qui engendre sa nullité. Le droit public n'en est point blessé; il ne le réprouve en aucune manière; c'est la crainte seule de voir l'ordre social menacé de désordres qui l'a fait proscrire.

La Cour de cassation nous l'enseigne dans un arrêt tout récent, l'arrêt Vérot, rendu le 12 février 1851 [1]. Dans l'espèce, il semblait constant qu'une somme avait été payée en exécution d'un traité secret, mais par un tiers. La Cour de Lyon, en présence de ces faits, avait repoussé la demande en répétition de cette somme intentée par le cessionnaire de l'office contre son cédant, en se fondant sur ce qu'il n'établissait pas avoir opéré le payement; le pourvoi a été rejeté par ce même motif. N'est-ce

[1] Dev., 51, 1, 197.

point là déclarer que le payement de la contre-lettre peut être valablement fait par un étranger, et que, dans ce cas, il doit être sanctionné, en tant du moins qu'on ne prétend pas en faire réfléchir les effets contre le titulaire?

Mais il y a plus. On convient que l'officier public, après qu'est née sa créance en répétition, est libre de ne pas user de son droit, que les magistrats ne peuvent l'exercer à son défaut, qu'il est maître de le perdre par inertie, de l'abandonner de fait : et l'on ne veut pas qu'il ait le pouvoir de l'abdiquer, d'en promettre l'abandon! Quel intérêt l'ordre public a-t-il donc à lui défendre plutôt de s'en dépouiller que de le laisser périr? Quel prétexte imaginer pour justifier une pareille subtilité?

Ce seul aveu, qu'il peut ne pas user de son droit, prouve déjà la vérité de notre thèse; car le pacte primitif n'étant légalement que néant, si par le fait du payement il n'arrivait une transformation complète dans les rapports juridiques des parties, il n'y aurait rien même à abandonner. Il existe donc quelque chose, et quelque chose de tout à fait étranger à l'ordre public, puisque ce droit nouveau peut être l'objet d'une renonciation tacite. Or, de la renonciation tacite à la renonciation expresse, conventionnelle, il n'y a qu'un pas; la première conduit immédiatement à la seconde.

12. Quoi d'étonnant d'ailleurs si la prohibition d'intérêt social et la liberté d'action si essentielle à l'intérêt particulier se côtoient de si près; si les objets d'ordre public et ceux d'ordre privé se mêlent au point de se confondre et d'échapper à une observation superficielle? La matière des transmissions d'offices n'est certes pas la seule qui offre ce caractère. A l'ordre public se rattachent aussi et les règles des juridictions et la présomption légale de la chose jugée et la poursuite des délits. Est-ce à dire, pour cela, que les dispositions de la loi qui y sont relatives ne puissent être le sujet d'aucune convention? que les parties ne puissent y apporter, par l'effet de leur volonté, aucune modification, ni consentir le sacrifice des garanties que le législateur leur assure? Pas le moins du monde. Rien ne les empêche de proroger d'un consentement mutuel les juridictions, de dessaisir leurs juges naturels, de remettre à des arbitres tels intérêts, avec tels pouvoirs qu'il leur plaira.

Ont-elles obtenu une décision passée en force de chose jugée? Rien ne les empêche d'en répudier le bénéfice, de transiger sur les points souverainement appréciés, de déchirer les arrêts les plus solennels. En matière de délits même, la loi les autorise à transiger sur l'intérêt civil qui en résulte.

Mais d'autres analogies bien plus concluantes encore frappent nos regards; nous citerons la dévolution des successions, la rescision des ventes immobilières pour cause de lésion, la prescription. Le Code a expressément interdit, dans un intérêt d'ordre public, la renonciation à une succession future, au droit de faire annuler la vente à vil prix ou à la prescription à venir. Mais après que le droit est acquis, non-seulement il n'oblige pas les parties à s'en prévaloir, mais aussi il lève sa prohibition et les laisse pleinement libres de s'en dépouiller formellement. Après que la succession est ouverte, la prescription accomplie, après que la vente est exécutée par le payement du prix, l'héritier, le possesseur, le vendeur peuvent faire remise du droit que la loi leur réservait.

De ce rapprochement nous tirons un double enseignement: d'abord, que jamais la défense de renoncer n'existe de plein droit, puisque le législateur a cru nécessaire de l'écrire chaque fois qu'il a voulu l'établir; en second lieu, qu'elle cesse toujours après que s'est réalisé le droit en vue duquel elle avait été promulguée. En dehors donc des exceptions expresses, il faut tenir pour certain que la faculté de renoncer est inséparablement unie et corrélative à celle d'exercer le droit, qu'elle découle du droit même; et cela est si vrai que, suivant une disposition précise, les juges n'ont pas le pouvoir de suppléer d'office le moyen, pourtant si essentiellement d'ordre public, de la prescription.

Et pour quelle raison n'appliquerait-on pas ces mêmes règles lorsqu'il s'agit de la créance en répétition du cessionnaire d'un office qui a indûment soldé un complément de prix? Il faudrait donc soutenir que cette créance touche de plus près à l'ordre public que le respect de la chose jugée ou que la prescription! Mais alors, comment comprendre qu'elle cède à ces deux présomptions légales, et ne suspende pas, au contraire, leur empire? Une telle solution impliquerait la contradiction la plus évidente.

13. En fait, on paraît redouter d'énerver la jurisprudence admise et de la rendre impuissante à réfréner les abus. On suscite le fantôme de la fraude; on montre le vendeur et l'acquéreur de l'office stipulant à l'avance une extinction ultérieure de l'action en répétition, et déguisant, sous l'apparence d'une pure et simple démission spontanée du droit, un de ces pactes occultes, confirmatifs de la contre-lettre, que proscrit l'ordre public; et l'on s'écrie que prêter force à la renonciation consentie par le créancier, c'est ouvrir la porte aux manœuvres dolosives.

Mais qu'on se rassure. Un principe général, incontestable et incontesté en droit, fait évanouir ce péril imaginaire : c'est que la fraude se prouve partout où elle existe. Elle peut se glisser dans tous les actes, quels qu'ils soient; dans tous, elle peut se masquer des dehors de la loi et faire tourner ses mesures à l'avantage de machinations déshonnêtes. Mais aussi, en toute circonstance, la recherche en est permise; pour conduire les juges à la vérité, tous les moyens sont reçus, et, après que le dol est dévoilé, la convention perd toute sa valeur et tombe. Les tribunaux ont, pour le signaler et pour briser le contrat qu'il infecte d'un germe de corruption, un pouvoir discrétionnaire et souverain. L'ordre public est sous la sauvegarde de leur expérience et de leur loyauté, et la société peut s'en reposer sur eux.

Ainsi, lorsque le vendeur d'un office opposera à l'action en répétition intentée par le cessionnaire qui aura acquitté une contre-lettre, une renonciation volontaire, celui-ci pourra en dénoncer et en démontrer l'origine frauduleuse. La Cour, saisie du litige, déclarera l'existence du dol, et pour cette cause, mais pour cette cause seulement, mettra à néant le titre libératoire.

Hors le cas du moins de cette constatation de fait, comme le dol ne se présume jamais, la remise de la dette vaudra, au profit de ce débiteur particulier, ce qu'elle vaudrait à l'égard de tous autres et en règle générale; elle produira son extinction, d'après le principe de l'article 1234 du Code.

IV. — 14. Mais, si on le veut, cédons pour un instant à cette peur exagérée de la fraude; admettons, par pure hypothèse, l'impossibilité d'éteindre, autrement que par le payement effec-

tué, cette créance en répétition de l'officier public, et voyons à quelles conséquences nous serons entraînés. Peut-être elles seront telles qu'elles suffiront à révéler la fausseté des prémisses.

Le créancier, de par l'ordre public, n'est pas libre d'abdiquer son droit; tous actes de sa part tendant plus ou moins directement à ce but, tous accords intervenus entre lui et son débiteur sont frappés de nullité. Il y a déjà là une certaine contradiction avec cette doctrine avouée de tous, qu'il dépend de lui seul de ne pas exercer son droit. Nous nous sommes efforcé de la faire ressortir et n'insistons plus davantage sur ce point.

S'il lui est interdit de faire la remise volontaire de sa créance, il faut donc reconnaître qu'il lui est également interdit, alors qu'il reçoit de son débiteur le remboursement du complément de son prix, de lui restituer de la main à la main cet argent qu'il vient de toucher, ou même de lui en faire don à aucune époque; car la remise n'est, après tout, qu'une restitution fictive et anticipée des deniers. Il faut reconnaître qu'après qu'il a formé une demande judiciaire en répétition devant les tribunaux, il n'est plus en sa puissance de se désister; car le désistement serait un biais qui mènerait en définitive à l'abandon de la créance. Le créancier ne serait plus maître d'arrêter le cours de son action, et cependant lui seul est maître de la porter devant les juges, puisque le ministère public ne tient de la loi, en cette matière, aucune initiative. Il faut dire enfin qu'il ne peut, par acte de dernière volonté, léguer à son prédécesseur sa libération; qu'une telle disposition est caduque, comme contraire à la morale; que ses héritiers eux-mêmes ne peuvent l'exécuter, et que, pas plus que leur auteur, ils n'ont la faculté d'accomplir son vœu.

15. Ces conséquences, en droit, du système que nous combattons, sont inacceptables à cause de l'excès même de leur sévérité; en fait, elles vont jusqu'à l'odieux. Oui, il est odieux de défendre à l'acquéreur d'un titre qui, après plusieurs années d'exercice, a eu tous les élémens d'examen et qui est demeuré convaincu qu'il n'a rien payé de trop, que s'armer du droit de répétition consacré à son profit par la jurisprudence, c'est s'assurer un bénéfice illégitime au détriment de celui qui lui a loyalement transmis sa charge au prix qu'elle valait; il est odieux,

nous le répétons, de lui défendre de donner, par une renonciation à cette action qui lui répugne, satisfaction à sa conscience. Sans doute il peut ne pas user de son droit; mais est-ce donc assez pour faire taire ses scrupules? Pendant trente ans au moins, son cédant va rester sous le coup d'une action ruineuse; si lui-même il est bien résolu à ne pas soulever d'injustes chicanes, il songe qu'après lui viendront ses héritiers, que les mêmes sentiments pourraient ne pas animer, des mineurs peut-être, dont le tuteur aura pour mission de faire, avant tout, prévaloir les intérêts. S'il est homme d'honneur, s'il possède cette honnêteté qu'il importe tant à la société de trouver dans le cœur de tous les officiers publics, il se révoltera à cette idée; il ne voudra pas qu'une pareille situation se prolonge; il tiendra à répudier, et pour le présent et pour l'avenir, ce privilége que la loi lui présente, mais auquel il sent bien qu'il n'a aucun titre, et il croira ne faire que remplir un devoir de délicatesse. Et pourtant sa renonciation sera effacée comme nulle! Il se verra contraint de conserver cette créance qu'il réprouve, et privé de la disposition de son droit, alors qu'il se prépare à en disposer pour une destination à ses yeux la plus respectable de toutes! Non, la législation ne saurait sanctionner de tels résultats sans perdre tout caractère de moralité; elle peut bien offrir aux parties les droits pécuniaires qui leur sont dus; mais leur faire une obligation de profiter de ses bienfaits et forcer les consciences, ce serait l'oubli des principes de la plus vulgaire équité; ce serait, au lieu de la protection qu'on attend de la loi, le mépris le plus complet de la liberté qui appartient à chaque homme, et sur laquelle la société ne doit empiéter qu'en vue d'une absolue nécessité.

16. Mais il est un moment surtout où le ridicule et l'odieux de ces conséquences apparaissent encore plus clairement : c'est celui où le créancier a lui-même cessé d'être officier public et a cédé sa charge à son tour; car alors il ne reste plus rien de tous les motifs qui légitiment aux yeux de la jurisprudence une dérogation aux principes du droit commun.

Ces motifs, en effet, c'est l'intérêt social, c'est le danger que l'exagération du prix entraîne le titulaire à recourir, pour remplir ses obligations envers son cédant, à des actes que désavouerait la

délicatesse et dont l'ordre public aurait à souffrir. Dès lors, aussi longtemps que le titulaire remplit ses fonctions, cette considération subsiste ; et l'on concevrait, à la rigueur, qu'il y eût une raison de maintenir sa créance aussi longtemps, malgré toutes les manifestations contraires de sa volonté, et que, de par la toute-puissance du législateur, il lui fût absolument défendu de se dépouiller de son droit. Ce serait là sans doute une mesure exorbitante; mais enfin, s'il le fallait pour répondre à la grandeur du mal, on devrait s'incliner devant la loi qui déclarerait cette créance indisponible, inaliénable, qui la renfermerait dans une sorte de sanctuaire où le maître n'aurait pas la faculté de l'aller prendre pour en disposer. Il y a plus : l'intérêt public exigerait alors que l'on fît plier en sa faveur les principes de la prescription, au lieu de la faire dominer par eux. Car il est évident que tout le temps de son exercice, après trente-cinq ans aussi bien qu'au premier jour, on peut redouter de la part de l'officier public de ces entraînements funestes dont la société aurait à souffrir; qu'après trente-cinq ans aussi bien qu'au premier jour, il peut toujours y avoir pour elle la même nécessité à l'investir d'un droit absolu, à le prémunir contre les tentations coupables.

Mais quand il n'est plus homme public, quand les citoyens n'ont plus à craindre de sa part l'exercice indélicat et vexatoire de la fonction, qu'importe à la société ce que devient le droit de répétition qui lui était ouvert? qu'importe qu'il s'en prévale, le laisse perdre ou l'abdique volontairement? L'intérêt public est complétement hors de question; l'intérêt privé demeure seul engagé. Où serait donc le prétexte pour ne pas rendre à cet instant toute son autorité au droit commun qui régit seul les débats d'intérêt privé? Eh quoi! parce que son action constituait autrefois une garantie pour la société, le créancier, rentré désormais dans la vie ordinaire, replacé dans une position qui ne touche par aucun côté à l'ordre public, ne pourrait pas en souscrire l'abandon! Une pareille solution contrarie les plus simples notions du bon sens, et prouve surabondamment toute la fausseté et l'exagération de ce système sévère à outrance contre lequel nous réclamons.

V. — 17. Avant de terminer, nous avons encore à dire un mot

d'une difficulté accessoire qui tient d'une manière intime au sujet que nous traitons.

Lorsque l'acquéreur d'un office profite de son droit de répéter le complément de prix indûment payé, il doit obtenir les intérêts du jour de l'indû payement, aux termes de l'article 1378 du Code, ou bien faut-il reconnaître que son vendeur a pu recevoir sans mauvaise foi, faire les fruits, siens et qu'il y a lieu enfin à cet égard de trancher la question suivant les règles du droit commun?

Plusieurs arrêts de Cours d'appel [1] et deux arrêts de rejet de la Chambre des requêtes ont accordé la restitution avec intérêts du jour de la perception des deniers [2]. Mais depuis, et tout récemment, un arrêt de la Cour de Paris a rompu avec cette doctrine et adopté la moins rigoureuse [3].

18. De ces deux jurisprudences contraires, aucune ne nous paraît devoir être repoussée ni acceptée sans restriction. Toutes deux sont bonnes selon les espèces; mais, pour le plus grand nombre de cas, nous n'hésiterions pas à nous ranger du côté de la Cour de Paris.

En effet, lorsque le payement indû a été effectué postérieurement aux arrêts de 1844 qui ont proclamé la nullité radicale des contre-lettres et renversé le système de l'obligation naturelle, nous comprenons fort bien que la perception ne doive jamais être réputée faite de bonne foi, puisqu'elle l'est en vertu d'un titre non pas seulement nul, mais illicite et coupable comme contraire à la morale, qu'il ne comporte par suite aucune excuse, et est conséquemment exclusif de toute bonne foi.

Mais lorsque le payement (ce qui arrive le plus ordinairement) remonte à une époque où la jurisprudence ratifiait au moins l'exécution du pacte occulte, comme exécution d'une obligation naturelle, où découvrir les éléments de la mauvaise foi, qui seule justifie une condamnation à la restitution des intérêts à partir d'une date antérieure à la demande?

[1] Nîmes, 10 mai 1847. Douai, 23 mars 1850; affaire Adam. Rouen, 26 décembre 1850; affaire Delamotte. Dev., 48, 2, 147; — 50, 2, 317; — 51, 2, 97.

[2] Affaires Rivière et Lenglet. 3 janvier et 3 décembre 1849. Dev., 49, 1, 282; — 50, 1, 380.

[3] Affaire Drappier. 31 janvier 1851. Dev., 51, 2, 397.

Le dol ne se présume pas; il ne peut consister que dans un fait personnel, accompli sciemment en fraude des droits d'un tiers ou de la loi. La législation aujourd'hui (du moins cette législation non écrite qui s'établit par le consentement unanime et la jurisprudence) frappe de nullité les contre-lettres et prohibe les clauses dissimulées à ce moyen; il est donc impossible que l'officier public stipule ainsi et reçoive un complément de prix sans savoir qu'il contrevient à l'ordre public, qu'il stipule et reçoit ce qu'il n'avait le droit ni de stipuler ni de recevoir. Autrefois, au contraire, la législation ne se refusait point à consacrer les pactes secrets; elle ne les proscrivait pas comme incompatibles avec l'ordre public, et ne prononçait contre eux et contre leur exécution aucune peine. Aussi la conscience n'était en rien blessée par de telles conventions, et l'homme le plus scrupuleux pouvait, sans manquer à la délicatesse, en recueillir le bénéfice; il ne savait pas recevoir en contravention à la loi; loin qu'il en fût ainsi, la jurisprudence pensait que ces actes engendraient au moins une obligation naturelle; dès lors, le vendeur de l'office devait croire que ce qu'il encaissait lui était dû. Il recevait donc avec l'opinion qu'il était légitime créancier; il recevait réellement de bonne foi; et puisqu'il n'existe pas de mauvaise foi purement légale, il devait, aux termes des articles 549 et 550, s'approprier les fruits.

L'autorité de la jurisprudence semble pleinement confirmer cette distinction. Dans une autre matière, la Cour suprême a décidé, par arrêt de cassation du 11 janvier 1843 [1], que l'ignorance des vices du titre ne peut être alléguée par celui qui achète contre la prohibition formelle de la loi. Mais hors ce cas d'une disposition légale lésée par l'acte même, elle n'admet pas que la mauvaise foi puisse s'induire d'autre chose que d'un fait et d'une intention frauduleux propres à la personne même à laquelle on l'oppose. Ainsi, au point de vue de la perception des fruits, elle n'impute pas à l'héritier le dol de son auteur, encore qu'il ne détienne que par voie de succession et comme continuateur; elle ne le rend garant que de son seul fait, et en conséquence ne lui

[1] Affaire commune de Tercis. Dev., 43, 1, 149.

impose pas la restitution des fruits qu'il a perçus pendant son illégitime possession, dans l'ignorance des vices du contrat d'acquisition [1].

De même, dans les espèces où le traité et le payement sont antérieurs à la jurisprudence de 1844, les juges ne peuvent, à moins de circonstances particulières, condamner le vendeur à la restitution des intérêts du jour de l'indû payement, sans violer les prescriptions du Code sur l'acquisition des fruits et la présomption de la bonne foi, puisqu'il ne savait pas recevoir en fraude de la loi. C'est alors la doctrine de la Cour de Paris qui seule est juridique. Seule aussi elle donne satisfaction à l'équité, en mettant le vendeur de l'office à l'abri d'une ruine certaine et imméritée, et en faisant justice de la spéculation honteuse de l'acquéreur qui, après avoir joui des produits de la charge, viendrait en outre réclamer un capital plus que doublé par l'accumulation pendant vingt-neuf années peut-être des intérêts, et abuserait du bienfait de la loi pour se faire restituer même une partie du prix ostensible, de ce prix qui pourtant n'avait assurément rien d'exagéré, puisqu'il avait été soumis au contrôle de l'administration et maintenu par elle. Dans cette hypothèse donc d'un payement ancien, et par ce double motif, nous croyons que cette doctrine doit être suivie de préférence à celle de la Chambre des requêtes, qui à son tour nous paraît devoir réunir tous les suffrages, lorsque le traité a été signé depuis l'adoption de la jurisprudence actuelle.

VI. — 19. En résumé, la contre-lettre portant augmentation du prix des offices a été, à nos yeux, à très-bon droit proclamée nulle par les tribunaux. Cette nullité est si radicale, si absolue, qu'elle n'a pas besoin d'être déclarée par justice, et que le pacte n'a aucune espèce d'existence légale. Il ne peut, en conséquence, servir de base à aucun acte de ratification, de transaction ni d'exécution; le payement lui-même est inefficace et ne produit, comme payement, aucun effet légal.

Mais, du moins, il subsiste comme simple translation indue

[1] Affaire Parent de Chassy. 7 novembre 1848. Dev., 49, 1, 125. *V.* deux arrêts conformes de la Cour de Doual, à la date des 1er juillet 1840 et 15 mai 1847. Dev., 40, 2, 488, et 47, 2, 564.

de deniers, et il donne alors naissance à une action positive, la répétition de l'indû pour ce capital fourni sans cause, reçu sans droit, et pour les intérêts mêmes du jour du payement, lorsqu'à raison soit des faits du procès soit de l'époque où se sont accomplis le traité et le payement, il est constaté que le vendeur a touché de mauvaise foi le complément du prix. Cette action, en théorie, peut être l'objet de toute espèce de phénomènes légaux; en pratique, l'ordre public est complétement désintéressé à son exercice, et sa conservation ou son extinction sont également indifférentes pour la société. A partir de ce payement indû, les parties rentrent donc dans leur pleine et entière liberté; elles redeviennent maîtresses de leur droit; les pactes qu'elles élèvent sur ce fondement sont légitimes et doivent trouver, comme tous autres, appui et sanction dans la justice.

20. Tel est notre système; il concilie les arrêts en apparence peu concordants de la Cour suprême; aussi c'est par l'étude minutieuse des principes et de ces monuments qu'il nous a été inspiré. Quel qu'en doive être le succès, puisse du moins la Cour régulatrice poser nettement la règle et apporter un terme à la déplorable incertitude qui règne aujourd'hui!

FL. MIMEREL.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

COMMENTAIRE DU DÉCRET DU 11 JANVIER 1852 ET DE LA LOI DES 18-26 JUIN 1851, SUR LA GARDE NATIONALE, suivi d'un appendice contenant le rapport et les instructions ministérielles; par M. Édouard DALLOZ, avocat à la Cour d'appel de Paris, l'un des auteurs du Recueil périodique de jurisprudence générale.

J'avais espéré, je l'avoue, que le pouvoir actuel supprimerait la garde nationale; mais puisqu'il n'a pas cru devoir faire disparaître cette institution, il est probable que le pays jouira longtemps encore des avantages qu'elle est susceptible de procurer.

M. Édouard Dalloz a eu la même pensée lorsqu'il a écrit l'excellent commentaire que j'ai sous les yeux. Ce livre est l'œuvre

la plus complète qui existe sur la matière. Il contient le texte du décret qui a réorganisé les gardes nationales, celui de la loi du 18 juin dernier, le remarquable rapport de M. de Riancey sur le projet qui est devenu la loi du 18 juin 1851, et enfin les instructions ministérielles relatives à l'exécution de cette loi. Le commentaire de la loi est écrit avec beaucoup de netteté et de concision. On y trouve des rapprochements nombreux entre la loi nouvelle et celle du 22 mars 1831, qui font habilement ressortir l'esprit libéral de cette dernière. La critique de l'auteur est toujours d'une grande modération : il se borne le plus souvent, et je me plais à l'en louer, à rapporter les arguments que, lors de la discussion du projet, les orateurs ont fait valoir dans des vues d'ordre et de stabilité. En autres exemples, je citerai la note 36, dans laquelle M. Dalloz rappelle les amendements à l'aide desquels plusieurs représentants voulaient qu'on n'admît la dispense du service de la garde nationale que lorsque cette dispense aurait été formellement demandée, en se fondant surtout sur ce qu'il y a des circonstances où la garde nationale doit *éclairer* l'armée. La note reproduit ensuite la réponse pleine de sens par laquelle le rapporteur n'eut pas de peine à établir que permettre à la garde nationale d'*éclairer* l'armée, c'était lui remettre le droit d'insurrection.

En somme, le commentaire de M. Édouard Dalloz est un très-bon livre, un ouvrage utile qu'on ne saurait trop recommander. L'auteur s'est souvenu qu'il porte un nom qui oblige, et nous aimons à reconnaître qu'il n'a pas dérogé.

DOMENGET,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

JURISPRUDENCE DU XIXe SIÈCLE OU *Table générale alphabétique et chronologique du Recueil des lois et arrêts*, 4 vol. in-4°; par MM. DEVILLENEUVE et GILBERT.

Le premier volume de cet important ouvrage vient de paraître. Un compte rendu par M. Marcadé en sera donné dans la prochaine livraison de la *Revue*.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'août 1851,

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Désaveu d'enfant; recel de la naissance; ordre des preuves.* — En cas de désaveu fondé sur l'adultère de la femme et le recel de la naissance, la preuve acquise du recel doit-elle précéder celle des faits de non-paternité?
2. *Mariage; pays étranger; publications* — Le mariage contracté à l'étranger par un Français, sans publications en France, est-il valable?
3. *Servitude; continuité.* — Une servitude de conduite d'eau ne cesse pas d'être continue parce que l'enlèvement d'une vanne ou d'une bonde serait nécessaire à l'écoulement de l'eau.
4. *Servitude; vues; distance; terrain commun.* — Lorsque des héritages sont séparés par un terrain appartenant en commun à leurs propriétaires, chacun des communistes peut, si la destination du terrain ne s'y oppose pas, prendre des jours comme sur sa propriété exclusive.
5. *Servitude; extinction; rétablissement.* — La renaissance d'une servitude au cas prévu par l'article 704, n'exige pas que les choses soient rétablies identiquement dans leur premier état.
6. *Servitude; aliénation de l'un des héritages; destination du père de famille.* — L'article 694 C. civ. s'applique à toutes servitudes apparentes (mais sa règle est étrangère au cas de destination du père de famille, régi par les articles 692-693).
7. *Recel; héritiers; faits antérieurs au décès.* — Le recel donne lieu à l'application de l'article 792 C. civ., alors même qu'il s'est accompli avant le décès du *de cujus*, s'il a eu lieu en vue de ce décès.
8. *Recel; associés.* — La disposition des articles 792 et 1497 ne sont pas applicables au cas de société.
9. *Recel; époux commun; tutelle; prescription.* — L'action résultant du recel commis par l'époux survivant, au préjudice des enfants mineurs dont il est le tuteur, ne se prescrit que par trente ans.
10. *Retrait litigieux; droit immobilier; cession faite à un copropriétaire.* — L'article 1699 s'applique aussi bien aux droits réels, mobiliers ou immobiliers, qu'aux droits personnels. — L'exception écrite dans l'article 1701 pour la cession faite à un copropriétaire du droit cédé, suppose que cette qualité existe aussi chez le cédant.

1. — (BORDEAUX, 21 DÉC. 1849; *J. P.*, 1851, 2, 135.) — Au milieu de nombreux arrêts auxquels tout jurisconsulte ne peut qu'applaudir, les recueils, ici comme toujours, en pré-

sentent quelques-uns dont les solutions nous paraissent impossibles à justifier; et nous plaçons au premier rang, parmi ces derniers, la décision rendue en décembre 1849 par la Cour d'appel de Bordeaux sur une question de désaveu d'enfant.

Il s'agissait de savoir si, dans le cas où le mari intente l'action en désaveu de l'article 313 C. civ., c'est-à-dire en se fondant sur la double circonstance d'adultère de la femme et de recel de la naissance, la preuve de ce recel doit nécessairement précéder l'admission à faire preuve des différents faits propres à établir la non-paternité, ou si le mari, au contraire, ne peut pas être admis à prouver par une seule et même enquête le recel de la naissance, l'adultère et les autres faits. La Cour de Bordeaux décide, en réformant le jugement contraire de première instance, que la preuve dès à présent acquise du recel est une condition nécessaire pour être admis à prouver ensuite les faits de non-paternité.

Or cette idée ne saurait être admise. Il est aujourd'hui constant, en jurisprudence comme en doctrine, que les diverses circonstances dont la réunion autorise alors le désaveu, peuvent se prouver simultanément; et c'est à tort que la Cour de Bordeaux prétend trouver la base de sa solution dans le texte et dans l'esprit de l'article 313. Quant au texte, l'article exige bien les trois éléments de l'adultère, du recel et des faits justificatifs de la non-paternité, mais il ne s'occupe en aucune façon de l'ordre à suivre dans l'établissement de ces trois éléments; il laisse toute latitude à cet égard. Quant à l'esprit de la loi, l'arrêt de Bordeaux nous dit en vain que cumuler avec la preuve du recel celle des faits de non-paternité, c'est s'exposer à un scandale inutile, puisqu'on ne sait pas si cette dernière est admissible; car ce danger d'un scandale inutile existerait de même, dans le système contraire, pour la preuve du recel et de l'adultère, puisqu'on ne sait pas non plus si le demandeur pourra ensuite établir ou même articuler des faits de non-paternité.

Il faut donc reconnaître, avec tous les auteurs et les arrêts, que rien ne s'oppose à ce que l'adultère de la femme, le recel de la naissance et la non-paternité soient l'objet d'une seule et même enquête.

2. — (BORDEAUX, 14 MARS 1850; CAEN, 22 MAI 1850 : *J. P.*, 1851, 2, 136 et 142.) — Nous ne saurions approuver davantage, quoiqu'ils trouvent un appui dans les antécédents de la jurisprudence et de la doctrine, deux autres arrêts, le premier de la même Cour de Bordeaux, le second de la Cour d'appel de Caen, qui déclarent valable le mariage contracté en pays étranger par des Français sans publications en France. Il est bien vrai que la question est très-controversée, et que la Cour de cassation elle-même, ou plutôt la chambre des requêtes de la Cour de cassation, offre ici la variation la plus affligeante, puisqu'on la voit s'y contredire du jour au lendemain, et proclamer la nullité le 17 août 1840, pour juger la validité le 18, à vingt-quatre heures d'intervalle (Devill., 41, 1, 682 et 873). Mais nous n'en persistons pas moins dans la doctrine de la nullité, par nous développée dans notre commentaire de l'article 170, n° II (t. I, n° 583 de notre 5e édition); il nous paraît manifeste que dire, comme le fait cet article 170, que le mariage *sera valable* POURVU QU'*il ait été précédé des publications prescrites*, c'est bien dire qu'il ne sera pas valable quand ces publications n'auront pas eu lieu; et nous pensons dès lors que la vérité se trouve dans cet arrêt de la chambre civile du 6 mars 1837, aux motifs duquel la chambre des requêtes n'a nullement répondu par son arrêt du 18 août 1840 : « Attendu que l'article 170, en disposant que le mariage » contracté en pays étranger *serait valable*, *pourvu qu'*il eût été » précédé des publications prescrites et de la notification d'actes » respectueux aux père et mère, a, par ces termes mêmes, dé» claré que tout mariage qui aurait été contracté sans l'accom» plissement de ces formalités serait nul; — Attendu que l'on ne » peut pas interpréter l'article 170, sur les mariages contractés » à l'étranger, par les dispositions du Code relatives aux ma» riages célébrés en France; que si ces derniers peuvent être » déclarés valables lorsqu'il n'y a eu ni publications ni actes res» pectueux, c'est parce que la loi trouve alors sa sanction dans » les peines qu'elle prononce contre les officiers de l'état civil, » tandis que pour les mariages contractés à l'étranger, comme » les mêmes dispositions pénales ne pourraient atteindre les offi» ciers publics, la loi n'avait d'autre moyen de donner une sanc-

» tion à ses prescriptions qu'en frappant le mariage lui-même » d'invalidité; — Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir con- » staté que le mariage du sieur P. avait été célébré dans l'île de » Jersey sans avoir été précédé des publications prescrites par » l'article 63 et des actes respectueux exigés par l'article 152, a » cependant déclaré ce mariage valable; qu'en le faisant il a ouver- » tement violé lesdits articles, ainsi que l'article 170; CASSE, etc. » (*J. P.*, 1837, 1, 175; Dall., 37, 1, 167; Dev., 37, 1, 177.)

Cette doctrine de la chambre civile nous paraît seule conforme, soit à l'esprit de la loi, qui entendue autrement laisserait sans aucune sanction, pour les mariages de Français à l'étranger, l'omission des formalités prescrites, soit à son texte, dans lequel la conjonction *pourvu que* ne laisse pas deux sens possibles à la disposition; et c'est quelque chose de bien fâcheux, en regard de ceci, que le système contraire et si élastique de la chambre des requêtes.

3. — (CASSAT. 8 JUIN 1851; *Dev.*, 51, 1, 513.) — La matière des servitudes nous offre plusieurs arrêts des deux chambres de la Cour suprême, qui sont toutes aussi exactes que les précédentes le sont peu.

Et d'abord, un arrêt de la chambre civile, arrêt de cassation, consacre d'une manière fort juste le principe, quelquefois mal compris, qui détermine le caractère de continuité des servitudes.

On sait que les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes peuvent s'établir par prescription, et devenir dès lors l'objet d'une action possessoire, tandis qu'il en est autrement pour celles auxquelles il manque l'un ou l'autre de ces deux caractères. Il importe donc de savoir quelles servitudes sont continues, quelles autres sont discontinues. Or il résulte clairement, tant des deux définitions de l'article 688 que des exemples qu'il donne, que le caractère de servitude continue consiste, non pas, comme l'a dit la Cour d'Aix par un arrêt du 25 mai 1838 (Dev., 41, 1, 845), dans l'exercice continu, dans *un fait continu* de l'exercice de la servitude, mais bien, comme nous l'avons dit dans notre commentaire de cet article 688, dans *la possibilité* qu'il y aurait pour cette servitude à s'exercer continuellement et par elle-même, tandis que la servitude discontinue est celle qui

ne s'exerce que par le fait de l'homme, c'est-à-dire dont l'exercice consiste précisément dans ce fait de l'homme.

Ainsi, une servitude de passage ou de puisage est discontinue, puisque son exercice ne dure qu'autant que l'homme passe ou puise; dès que l'homme cesse de passer ou de puiser, l'exercice du droit cesse nécessairement; en sorte que c'est précisément ce fait de l'homme qui constitue l'exercice du droit, la servitude ne pouvant alors fonctionner que par ce fait de l'homme et non par elle-même. Au contraire, une servitude de conduite d'eau est une servitude continue, puisque ce n'est plus par le fait persévérant de l'homme, par une série d'actes de cet homme, mais par soi-même et par la nature même des choses, que le droit s'exerce et fonctionne : c'est pendant que les deux propriétaires des fonds dominant et servant sont fort tranquilles chez eux, mangeant ou dormant, que l'eau coule et chemine par l'aqueduc. Si, en fait et dans tel ou tel cas, l'eau ne coule pas toujours, ce ne sera pas, comme ci-dessus, parce que le fait de l'homme cessant, l'exercice de la servitude cesserait par là même, cet exercice et ce fait de l'homme étant même chose; ce sera tout simplement ou parce que le liquide viendrait à manquer, ou parce qu'une force étrangère en arrêterait l'écoulement; mais en soi, absolument, et sans besoin d'un fait continu de l'homme, il y a ici *possibilité* d'un exercice continu, et la servitude est dès lors continue.

Et il en est ainsi alors même que l'écoulement de l'eau ne peut se faire qu'après que la main de l'homme aura levé un obstacle qui s'y oppose. Ainsi quand l'eau, soit d'une rivière, soit d'un canal naturel ou artificiel, soit d'un ruisseau pluvial, soit d'un étang, soit d'une gouttière, ne peut couler du fonds A sur le fonds B qu'à la condition de lever une vanne ou écluse, de retirer une bonde, d'ouvrir une soupape ou un robinet, il est bien vrai qu'alors un certain fait de l'homme est nécessaire à l'exercice du droit, et c'est pour cela qu'on s'y est trompé; mais ce fait n'est pas celui dont parle la loi; ce n'est plus là ce fait *actuel* sans lequel l'exercice de la servitude est impossible, parce qu'il constitue précisément cet exercice : quand, après avoir ouvert le matin le passage de l'eau, je vais ensuite

me promener, manger, dormir toute la journée et toute la nuit, la servitude fonctionne et s'exerce toute la journée, toute la nuit, et toujours sans aucun fait actuel de personne. L'acte de l'homme que l'arrêt d'Aix en 1838 et un jugement récent de Châlons-sur-Marne ont pris à tort pour le *fait actuel* dont parle l'article 688, bien loin d'être ce fait actuel qui constitue l'exercice même du droit, n'est ici qu'une opération préliminaire, qu'une condition préalable qui n'empêche évidemment en aucune façon la servitude de s'exercer ensuite par elle-même et de constituer la servitude continue, susceptible dès lors, quand elle est d'ailleurs apparente, de possession et de prescription.

C'est aussi ce que décide ici la chambre civile, en cassant le jugement contraire de Châlons.

4. — (Req. 31 mars 1851 : *Dall.*, 51, 1, 256; *J. P.*, 1851, 2, 157.) — On doit approuver de même, quoique ce point soit plus délicat, la solution donnée par la chambre des requêtes sur une autre question, dans cette même matière des servitudes.

Quand deux héritages sont séparés par un terrain appartenant en commun aux propriétaires des premiers, comment faut-il calculer la distance de 19 décimètres que tout propriétaire doit laisser entre le point où il prend une vue droite et l'héritage voisin sur lequel porte cette vue? Faut-il dire que le terrain intermédiaire étant commun aux deux voisins (et avec un droit égal pour chacun, on le suppose), c'est donc comme si chacun était propriétaire de la moitié, et que la ligne séparative des héritages existât au milieu du terrain commun, d'où la conséquence que la distance devrait se calculer à partir de cette ligne, fictivement tracée au milieu? Doit-on décider, au contraire, que chacun des deux communistes ayant un droit qui porte sur la totalité du terrain et qui affecte chacune des molécules de ce terrain dans toute son étendue, il s'ensuit que l'adversaire de celui qui veut ouvrir une fenêtre peut dire que puisqu'il est propriétaire (par indivis seulement, mais qu'importe?) de tout le terrain commun, c'est donc à 19 décimètres de ce terrain commun que son voisin doit ouvrir la fenêtre, d'où la conséquence que, le second ayant le même droit que le premier, chacun d'eux devrait, si considérable que pût être la largeur du terrain intermédiaire, agir

comme s'il n'existait pas et que les deux héritages que ce terrain sépare fussent contigus? Faut-il enfin, en partant de ce même principe que la chose commune appartient dans toutes ses parties à chacun des communistes, en tirer la conséquence contraire et dire que, puisque celui qui veut ouvrir la fenêtre est propriétaire jusqu'à l'héritage appartenant exclusivement à l'autre, c'est à partir de cet héritage que doit se mesurer la distance, d'où la conséquence que, toutes les fois que le terrain intermédiaire n'aura pas moins de 19 décimètres, chacun des deux communistes pourra percer des fenêtres à l'extrême limite de son héritage?

Un précédent arrêt de la chambre des requêtes avait, pour rejeter un pourvoi dirigé contre un arrêt de Rennes, admis le premier des trois systèmes ci-dessus (5 mai 1831 : Dev., 33, 1, 836); mais le nouvel arrêt que nous signalons, et qui rejette le pourvoi formé contre une décision de la Cour de Poitiers, adopte le troisième, antérieurement appliqué déjà par un arrêt de la Cour de Caen [1]. Or cette dernière solution nous paraît exacte.

En effet, dire d'après le premier système, comme l'avait fait l'arrêt des requêtes de 1831, que c'est au milieu du terrain commun que doit se prendre le point de départ de la distance, ce n'est vraiment pas résoudre la question posée, c'est l'escamoter, puisque cette question est de savoir quel doit être ici l'effet de l'indivision, de la communauté, et que l'arrêt procède, ni plus ni moins, comme si les deux voisins n'étaient pas en communauté, comme si l'indivision n'existait pas, et qu'un partage eût attribué à chacun une moitié divise du bien. Puisque ce partage n'a pas eu lieu et qu'il peut même n'avoir jamais lieu (l'immeuble entier pouvant rester définitivement à un seul des communistes, qui se trouverait ainsi, par la conséquence de l'effet déclaratif, en avoir toujours été légalement le seul propriétaire), on ne peut donc pas en invoquer le résultat; puisqu'il y a communauté, il faut rechercher et appliquer les conséquences de cette communauté; et c'est dès lors entre le second et le troisième systèmes qu'il faut ici choisir. Or le premier des deux n'est-il pas inadmissible? Ne

[1] Caen, 24 août 1842 : Dev., 43, 2, 78; Dall., 43, 2, 83; *J. P.*, 43, 2, 540.

serait-il pas dérisoire de prétendre que quand un terrain commun de 10, 20, 30 mètres et plus sépare votre héritage et le mien, aucun de nous ne pourrait prendre une vue à la limite de ce terrain, en sorte que la circonstance que le terrain nous appartient à tous deux produirait ici le même effet que si nous n'avions, ni moi ni vous, aucun droit sur lui et qu'il appartînt à un tiers? Notre droit de propriété peut-il, parce qu'il coexiste chez vous et chez moi, s'anéantir pour cela de part et d'autre; et n'est-il pas, au contraire, parfaitement exact de dire, comme l'arrêt de Caen de 1842 et le récent arrêt des requêtes, qu'en l'absence de conventions ou de circonstances qui réduisent la chose commune à une affectation exclusivement spéciale, chacun des communistes peut en user et jouir librement, à la seule condition de ne pas porter atteinte au droit réciproque de jouissance des autres communistes, et qu'il peut dès lors, pour l'ouverture de portes ou fenêtres comme pour tout autre objet, compter cette chose comme sienne, du moment que la destination de cette chose ne s'y oppose pas, et que son fait n'apporte d'ailleurs aucun obstacle à ce que les autres communistes en fassent autant?

Nous tenons donc pour très-juridique l'arrêt de rejet dont il s'agit ici.

5. —(Req. 21 mai 1851; *Dall.*, 51, 1, 273.)—Nous en disons autant d'un autre arrêt de la même chambre, décidant que quand une servitude cesse par un changement d'état des lieux qui emporte impossibilité de l'exercer, cette servitude revit, aux termes de l'article 704 C. civ., par cela seul que les choses sont rétablies avant le délai de la prescription dans un état qui permet d'en user de nouveau, et alors même qu'elles ne seraient pas identiquement rétablies dans leur état primitif.

Ce n'est pas que ce point soit sans difficulté. On pourrait dire en sens contraire que, du moment que les choses ne sont plus dans le même état que devant, ce n'est donc pas précisément la même servitude qu'auparavant, et que, l'article 704 n'admettant dans le cas prévu que le rétablissement de *la servitude*, de la même servitude, et non la substitution d'une servitude nouvelle et différente de la première, c'est ajouter arbitrairement à la loi que d'appliquer cet article 704 au cas où les choses ne sont

pas rétablies dans le même état. Mais le point de départ de ce raisonnement nous paraît reposer sur une idée exagérée. Il serait, sinon inexact absolument, du moins trop rigoureux, de dire que tout changement dans le mode d'exercice d'une servitude en fait une autre servitude; et il n'est pas admissible que l'article 704, qui sans doute exige qu'il s'agisse toujours de la même servitude, ait entendu l'identité de cette servitude avec une telle rigueur métaphysique. Du moment que la servitude est *la même* à la manière dont cette expression s'entend dans le langage ordinaire, et pourvu, d'un autre côté, que le changement dans le mode d'exercice n'aggrave pas cette servitude, l'applicabilité de l'article 704 ne nous paraît pas sérieusement contestable.

6. — (PARIS, 7 DÉC. 1850; *J. P.*, 51, 2, 160.) — Une dernière idée parfaitement exacte, sur cette matière des servitudes, se trouve dans un arrêt de Paris, qui malheureusement est trop laconiquement rapporté pour qu'il soit possible de dire si la solution de cet arrêt est également exacte au fond.

Cette idée, dont l'expression ne forme que la moitié du texte de l'arrêt, et qui est devenue sous la main de l'arrêtiste l'unique objet du sommaire, consiste à dire que *l'article* 694 *C. civ.* (portant que, si le propriétaire de deux héritages entre lesquels existe un signe apparent de servitude dispose de l'un sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, celle-ci continuera d'exister pour ou contre le fonds aliéné) *s'applique aux servitudes discontinues comme aux servitudes continues.*

Or cette proposition, consacrée depuis longtemps par la jurisprudence, est en effet très-exacte; elle se trouve manifeste par la seule comparaison de l'article 694 avec l'article 692; et si plusieurs auteurs, Toullier, Delvincourt et autres, en sont venus à la nier, ce n'a été qu'en désespoir de cause, pour échapper d'une manière quelconque à l'extrême difficulté que faisaient naître les interprétations fausses et contradictoires que l'on donnait partout alors de cet article 694.

Rien, en effet, n'a été plus incompris jusqu'à ces derniers temps que le vrai sens de cet article; sa règle est restée pendant

plus de trente-cinq ans l'écueil de tous les commentateurs; et des quatre systèmes qu'on avait imaginés à cet égard, pas un n'était dans le vrai. — Les uns, notamment Merlin, enseignaient que l'article 694 était écrit, aussi bien que les articles 692 et 693, pour la destination du père de famille, avec cette seule différence que les premiers supposaient cette destination du père de famille suivie *d'un partage entre les successeurs de l'auteur commun*, tandis que le second la supposait suivie *d'une aliénation faite par cet auteur* : dans le premier cas, la destination du père de famille n'opérait l'établissement de la servitude qu'autant que celle-ci était continue et apparente; mais dans le second, il suffisait que cette servitude fût apparente, et le caractère de continuité n'était plus nécessaire. Ainsi ce premier système admettait l'établissement par destination du père de famille tantôt pour les servitudes continues, tantôt pour les servitudes discontinues, tandis qu'il est bien manifeste par le texte des articles 692-693 que cette cause n'est admise que pour les servitudes continues. — L'auteur des *Pandectes françaises* allait plus loin; il prétendait que l'article 694 était venu remplacer l'article 692; qu'il fallait dès lors effacer celui-ci pour s'en tenir à celui-là, et dire ainsi que le caractère de continuité n'est exigé dans aucun cas pour la destination du père de famille! — Toullier, Delvincourt et autres reconnaissaient bien que la destination du père de famille n'est efficace que pour les servitudes continues; mais imbus aussi de cette idée fausse que l'article 694 se rapportait à cette destination du père de famille, ils le modifiaient en conséquence, en y suppléant le caractère de continuité; et c'est pour échapper ainsi à la difficulté, en apparence insoluble, qui divisait tous les interprètes, qu'ils niaient la proposition que nous avons signalée comme incontestable. — Enfin, MM. Pardessus, Duranton et Solon (dont la doctrine a été suivie par deux arrêts des requêtes de 1837 et 1840) repoussaient ces trois systèmes, pour un quatrième qui est beaucoup plus près de la vérité, mais qui s'en écarte encore.

Dans ce dernier système, on reconnaît que notre article 694 est étranger à la destination du père de famille (ce qui est exact); mais on voit dans le fait d'un propriétaire d'aliéner, sans observation

spéciale, un immeuble qui se trouve lié par un signe apparent de servitude avec un autre immeuble restant aux mains de l'aliénateur, on voit là *une des causes d'établissement des servitudes;* en sorte que ces causes seraient au nombre de quatre : 1° le titre, pour toutes servitudes (art. 691); 2° la prescription, pour les servitudes continues et apparentes (art. 690); 3° la destination du père de famille, pour les mêmes (art. 692-693); 4° enfin, la volonté présumée de l'aliénateur et de l'acquéreur, pour les servitudes apparentes (art. 694).

Or ces quatre systèmes sont tous inexacts; et si les trois premiers tombent dans une grave confusion en rattachant l'article 694 au cas de destination du père de famille, auquel il est absolument étranger, le dernier se méprend à son tour en admettant quatre causes d'établissement des servitudes, alors qu'il n'en existe que trois. Nous avons réfuté ces fausses idées et soigneusement établi la vraie doctrine dans notre commentaire de l'article 694, en donnant à cette grave difficulté le développement qu'elle comporte et qu'il serait trop long de reproduire ici; nous y avons démontré (nous le croyons du moins), soit par la combinaison des divers articles et par le texte même de l'article 694 (qui ne dit pas que par l'aliénation la servitude se trouvera *établie*, mais seulement qu'elle *continuera d'exister*, ce qui suppose la préexistence d'une servitude déjà établie par une autre cause), soit par les déclarations formelles et catégoriques des travaux préparatoires, qui ne laissent rien à désirer sur ce point, que l'article 694 n'est écrit que pour le cas d'une servitude qui existait dès avant la réunion des deux immeubles dans la main de celui qui en aliène un aujourd'hui..... Cette doctrine, sur l'exactitude de laquelle les passages des travaux préparatoires par nous cités dans notre *Explication du Code civil* ne permettent guère de conserver un doute, est aussi admise par M. Zachariæ (II, p. 87), par M. Troplong dans son rapport (malheureusement peu complet et trop hésitant), lors de l'arrêt des requêtes de 1840 (Dev., 40, 1, 97; Dall., 40, 1, 101; *J. P.*, 40, 1, 743), et par un excellent arrêt de Lyon du 11 juin 1831, arrêt fort remarquable et dans lequel on trouve une justesse de doctrine, une maturité d'examen et une rectitude de motifs mal-

heureusement assez rares, et d'autant plus méritants ici qu'à cette époque la vraie doctrine n'avait encore été indiquée par aucun auteur [1].

On voit, au surplus, par ce qui précède, que si l'arrêt de Paris du 7 décembre 1850 énonce une idée fort exacte quand il proclame que l'article 694 s'applique aussi bien aux servitudes discontinues qu'aux servitudes continues, sa décision au fond n'est, au contraire, qu'une grave erreur, si c'est (comme l'ensemble de son texte, trop peu explicite à cet égard, donne lieu de le croire) à un cas de destination du père de famille qu'elle s'applique. Car ce n'est plus par l'article 694 que ce cas serait régi, mais par l'article 692, lequel exige que la servitude soit continue.

7. — (RIOM, 10 AVRIL 1851; *Dev.*, 51, 2, 565.) — Trois arrêts relatifs à des recels d'objets communs par l'un des communistes, nous paraissent tous décider d'une manière exacte les trois questions différentes qu'il s'agissait d'y résoudre.

Le premier, émané de la Cour de Riom, avait à décider si l'article 792 C. civ., qui punit le recel commis par l'un des héritiers de la privation de sa part dans l'objet héréditaire recélé, est applicable au cas où le recel aurait été commis avant le décès du *de cujus*. On peut dire, pour la négative, que cette règle étant une disposition rigoureuse et vraiment pénale, qui doit dès lors être sévèrement restreinte au cas par elle prévu, on ne peut pas l'appliquer au recel commis avant le décès, puisqu'alors il

[1] *V.* cet arrêt dans le *Journal du Palais*, à sa date; puis, Dev., 32, 2, 123; Dall., 33, 2, 64.— Les arrêtistes, au surplus, n'ont pas tous exactement indiqué le sens, bien clair pourtant, de cet important arrêt. Le *Recueil général* de M. Devilleneuve dans son sommaire, le *Journal du Palais* dans la note qui accompagne le nouvel arrêt de Paris, et les *Codes annotés* de M. Gilbert (art. 694, n° 18), présentent cet arrêt de Lyon comme jugeant que *l'article 694 n'est pas applicable aux servitudes discontinues;* or c'est une profonde inexactitude. L'arrêt ne conteste en aucune façon l'applicabilité de l'article 694 à toutes servitudes apparentes (continues ou discontinues); bien loin de là, il proclame nettement, au contraire, cette applicabilité, en disant que « le législateur (pour le cas prévu par cet article) a pensé *que l'existence d'un signe apparent suffisait* (sans aucune condition de continuité) pour maintenir la servitude; » et c'est seulement pour le cas des articles 692-693, cas qu'il met précisément en opposition sous ce rapport avec celui de l'article 694, qu'il déclare nécessaire le caractère de continuité. Ces arrêtistes, faute d'avoir saisi dans son ensemble la théorie, parfaitement exacte en tous points, de cet excellent arrêt, lui ont ici fait dire précisément le contraire de ce qu'il dit.

n'existe pas encore de succession et qu'on ne peut pas dire qu'il y ait eu, comme le veut l'article 792, recel d'un *effet de la succession* : il n'y a dans ce cas, dirait-on, que des biens appartenant au parent encore vivant.

Cette idée, admise en 1844 par un arrêt de la même Cour de Riom, nous paraît cependant inexacte dans sa généralité. Sans doute si l'objet a été diverti sans aucune pensée d'un prochain décès du parent commun, en sorte que c'est bien à ce parent, et non à ses héritiers présomptifs, que l'un de ces héritiers a entendu soustraire la chose, ce n'est plus le cas de l'article 792 ; mais si, au contraire, le fait a précisément eu lieu en vue du décès et dans le but de s'approprier l'objet, non pas au détriment du parent que l'on ne compte plus déjà, mais au détriment de ses autres héritiers, n'est-il pas vrai de dire que l'objet a été pris en tant qu'objet *de la succession*, que le recéleur espérait voir s'ouvrir bientôt ?

L'affirmative nous paraît certaine, et c'est avec raison que la Cour de Riom l'a ainsi jugé, en abandonnant sa précédente jurisprudence, contraire d'ailleurs à deux arrêts de la Cour suprême, des 5 avril 1832 et 10 décembre 1835 (Dev., 32, 1, 528; 36, 1, 327).

8. — (ANGERS, 22 MAI 1851 ; *Dall.*, 51, 2, 164.) — Mais ce serait, au contraire, étendre la disposition de la loi au delà de ses limites que de la transporter du cas de succession ou d'époux communs (art. 792 et 1477), à celui de simples associés. L'analogie, d'abord, n'existe pas, puisqu'un associé ou son représentant a des moyens de contrôle et de surveillance qui manquent d'ordinaire lors d'une dissolution de communauté conjugale ou d'une ouverture de succession; et comme d'un autre côté la disposition est une véritable peine, qu'il faut rigoureusement restreindre aux cas prévus, c'est avec raison que la Cour d'Angers a refusé de l'appliquer au cas de société.

9. — (CASSAT., 16 AVRIL 1851 ; *Dev.*, 51, 2, 526.) — La troisième et dernière question était plus délicate que les deux précédentes. Il s'agissait de savoir si l'action tendant à faire constater et punir le recel commis par un père, à la dissolution de la communauté, au préjudice de ses enfants alors mineurs et dont

il a été tuteur, s'éteint pour ces enfants devenus majeurs par la prescription décennale édictée dans l'article 475 C. civ. pour tous faits de tutelle, ou seulement par la prescription générale et trentenaire de l'article 2262.

On pourrait dire dans le premier sens, et c'est ce qu'avait fait la Cour d'appel de Rennes, que le père étant devenu par le décès même de la mère tuteur légal des enfants, c'était donc comme tuteur qu'il avait été tenu de faire dresser l'inventaire dans lequel on lui reprochait d'avoir frauduleusement omis des valeurs, de sorte que c'était nécessairement là un fait de tutelle; que c'était si bien un fait de la tutelle, que le recel ne pouvait pas être admis sans qu'il s'ensuivît une rectification du compte de cette tutelle; et que puisqu'il s'agissait d'un fait de tutelle, la prescription était donc celle de l'article 475, une jurisprudence aujourd'hui constante reconnaissant que cet article doit s'appliquer rigoureusement et absolument à tous faits de tutelle sans exception.

Mais ces idées, selon nous, n'étaient pas exactes et contenaient une confusion qui devait être écartée. En même temps que les parties, au décès de la femme, étaient père et enfants mineurs, tuteur et pupilles, elles étaient aussi communistes et copropriétaires, ayant sous ce rapport des droits et des devoirs indépendants de toute idée de tutelle; l'acte de divertissement étant entièrement indépendant, pour sa nature et ses effets, du point de savoir si la dissolution s'était opérée par la mort de la femme ou autrement, si le décès de cette femme transmettait sa part de communauté à des enfants mineurs ou à des enfants majeurs, ou à des héritiers autres que des enfants, cet acte était donc autre chose qu'un fait de tutelle; la qualité de tuteur ne pouvait pas absorber et anéantir chez le père la qualité de communiste, qui n'était pas non plus détruite chez les enfants par leur qualité de pupilles; l'article 1477 conservait donc toute sa force entre les parties, et comme l'action découlant de cet article n'est limitée par aucune disposition particulière, elle devait durer trente ans aux termes de l'article 2262. C'est en effet ce qu'a décidé la Cour suprême, en cassant, et avec raison, l'arrêt contraire de Rennes.

10. — (REQ., 22 JUILL. 1851 ; *Dall.*, 51, 1, 265.) — Nous terminerons cet examen doctrinal par quelques observations sur un excellent et important arrêt de la chambre des requêtes, qui décide, en matière de cession de droits litigieux, deux questions controversées l'une et l'autre, et qui les décide fort exactement toutes deux.

La première consiste à savoir si la faculté de retrait réglée par les articles 1699-1701 existe, non-seulement pour les cessions de droits personnels, de créances, mais aussi pour celles de droits réels, soit qu'on ait alors déclaré céder *le droit* sur la chose, soit qu'on ait déclaré céder *la chose* elle-même (mobilière ou immobilière, peu importe). Delvincourt (t. III), R. de Villargues (v° *Dr. litig.*, n° 6), et un ancien arrêt de la Cour de cassation (24 novembre 1818) répondent négativement ; mais nous n'avons pas hésité, au n° II de notre commentaire des articles précités [1], à dire, comme MM. Troplong (II, 1001) et Duvergier (II, 379), que c'est là une erreur. C'est de la cession de toutes actions, de tous procès que le Code entend parler. Lamoignon disait : « Le cessionnaire des *héritages et autres droits* étant en litige ; » Ferrières disait de même : « Les cessions des actions *et choses* litigieuses ; » et le Code, à son tour, après avoir parlé des *droits litigieux* dans l'article 1619, nous parle de *la chose litigieuse* dans l'article 1700.

L'autre question est de savoir si l'exception apportée à la faculté du retrait pour le cas où la cession serait précisément faite à un copropriétaire du droit (art. 1701, 1°) s'applique, non-seulement pour la cession faite au copropriétaire par son copropriétaire, mais aussi pour celle qui serait faite à l'un des copropriétaires par un étranger. M. Duranton (XVI, 539), tout en reconnaissant que le droit romain et notre ancien droit n'appliquaient cette disposition qu'au premier cas, admet cependant qu'on doit aujourd'hui l'appliquer aussi au second, parce que le Code, dit-il, ne distingue pas et que, dans l'un comme dans l'autre cas, la cession a une juste cause. M. Troplong, au con-

[1] Ce commentaire de la fin *de la vente* est encore inédit ; nous ne le publierons que dans deux mois, avec celui du titre *du louage*, auquel nous travaillons en ce moment, et qui formera la fin de notre tome VI.

traire, combat cette solution (nos 1005 et 1006), en démontrant qu'elle est contraire à l'esprit de la loi. Or, non-seulement M. Troplong a parfaitement raison de dire que cette idée est contraire à la pensée du Code, mais il a tort d'accorder qu'elle soit conforme à son texte. L'article 1701, en effet, ne se contente pas de demander que la cession soit faite *à un copropriétaire* sans autrement préciser, c'est-à-dire à l'un des copropriétaires du droit ou de la chose sur lesquels existe une prétention, objet de la cession; cet article, comme nous l'avons fait remarquer au n° III de notre commentaire, dit plus que cela, et précise mieux sa pensée : « Il exige, y disons nous, que le cessionnaire soit un *copropriétaire* DU DROIT CÉDÉ, *un copropriétaire du droit même qui fait l'objet de la cession*. Or comme un droit commun à plusieurs ne peut être cédé que par l'un de ceux auxquels il appartient, par l'un des communistes, il s'ensuit que demander chez le cessionnaire la qualité de copropriétaire *du droit cédé*, c'est demander aussi, et par là même, cette qualité de copropriétaire chez le cédant. Ainsi le texte ne comprend pas dans ses termes, comme l'ont cru à tort MM. Troplong et Duranton, le cas d'un cédant étranger; et l'exemple choisi par M. Troplong en est lui-même la preuve. Le savant magistrat suppose un procès entre une succession échue à Pierre et à Paul et un créancier qui cède à Pierre la créance en litige; et il présente ce cas comme rentrant dans les termes de l'article 1701. Or c'est une erreur manifeste; car Pierre était bien copropriétaire des biens de la succession, mais il n'était nullement *copropriétaire du droit cédé*, c'est-à-dire de la créance vendue par Philippe, laquelle appartenait exclusivement à ce dernier. » L'exception n'a donc lieu, aujourd'hui comme autrefois, que dans le cas où cette qualité de copropriétaire existe chez les deux parties.

C'est aussi dans ce sens que les deux questions sont résolues par l'arrêt que nous signalons ici.

V. MARCADÉ.

AVANCEMENT D'HOIRIE.—CALCUL DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE.

Lorsqu'un enfant donataire en avancement d'hoirie renonce à la succession de l'ascendant donateur, pour retenir sa donation, comment doit-on calculer la quotité disponible?

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur suppléant à la Faculté de droit de Toulouse.

SOMMAIRE.

Préambule.

1. État de la question depuis l'arrêt de *cassation* du 17 mai 1843.
2. Examen rationnel de la question. — L'analyse purement morale de la situation nous révèle trois notions fondamentales à combiner:
   1° Respect du droit acquis à l'enfant donataire;
   2° Respect de l'autorité paternelle;
   3° Respect de l'égalité entre les enfants.

Section I. — *Ancien droit.*

3. Classement des pays de l'ancienne France, d'après ces notions.
4. Des pays de droit écrit.
5. Des coutumes d'*égalité absolue.*
6. Des coutumes d'*égalité simple.* Le système de ces coutumes, concordant au fond avec celui des pays de droit écrit, est étendu aux coutumes *muettes.* C'est en ce sens qu'il formait, au XVIIIe siècle, le *droit commun de la France.*
7. Ce système se déduit de l'analyse rationnelle des avancements d'hoirie, et non pas du texte de l'article 298 de la coutume de Paris. — Erreur matérielle du rédacteur de l'arrêt *Laroque de Mons* sur le calcul de la légitime en cas de renonciation d'un des enfants; son allégation est en opposition directe avec Ricard, Lebrun et Bourjon.

Section II. — *Code civil.*

8. Le Code civil a-t-il abrogé l'ancienne doctrine? Textes comparés des articles 298, 304, 307 de la coutume de Paris, et des articles 913, 843, 845 du Code civil.
9. Objection tirée de l'article 913 du Code : elle est fondée sur le contre-sens historique échappé au rédacteur de l'arrêt *Laroque de Mons.*
10. Objection plus grave tirée de l'article 845 du Code : cet article doit s'interpréter par relation à l'article 913.
11. Examen des discussions préparatoires. Danger des formules abstraites.
12. La prétendue innovation, opérée par le Code civil, a jeté une telle confusion dans la matière, qu'elle a donné lieu à quatre systèmes principaux.

SECTION III. — *Examen des quatre principaux systèmes opposés à celui de la Cour de cassation.*

13. Formules des trois premiers systèmes.
14, 15, 16. Discussion.
17. Formule et discussion du quatrième système.
18. Modification proposée à ce quatrième système.

PRÉAMBULE.

1. Je prie nos lecteurs de se reporter à l'article de M. Marcadé, inséré au tome Ier de cette *Revue* (p. 257 à 277); ils y trouveront, avec le système propre du savant auteur, un résumé lucide de la question et l'indication des principales autorités sur la matière [1]. Cependant, ayant l'ambition de tenter pour la première fois la justification complète du système actuel de la Cour de cassation, je demande la permission de reprendre et de coordonner, autant que possible, tous les systèmes produits sur la question. Je tâcherai ensuite de démontrer que, depuis l'arrêt des chambres réunies du 8 juillet 1826, la Cour a constamment marché dans la voie où elle est entrée aujourd'hui; que l'arrêt du 17 mai 1843 a été la consécration d'une jurisprudence déjà établie; qu'enfin cette jurisprudence, en conciliant tous les intérêts et tous les droits, est à la fois la plus conforme et aux traditions historiques et aux principes du Code civil.

L'énoncé seul de ces propositions me met en contradiction flagrante, et en droit et en fait, avec tous les auteurs qui ont abordé ce sujet depuis bientôt dix ans, et je craindrais vraiment de passer pour viser au paradoxe, si je n'avais pour moi la doctrine persistante et mûrement réfléchie de la Cour suprême. Non-seulement la jurisprudence actuelle résultait virtuellement de l'arrêt solennel du 8 juillet 1826, non-seulement elle était déjà posée formellement dans l'arrêt de rejet du 11 avril 1829 et dans l'arrêt de *cassation* du 25 mars 1834, mais depuis l'arrêt de *cassation* du 17 mai 1843, la doctrine que je défends se trouve

[1] *V.* encore dans la *Revue étrangère et française* (année 1836), p. 491, un article de M. Dufour, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; dans le *Droit* du 17 décembre 1845, une dissertation de M. Valette; enfin, dans la *Revue de législation* (t. II de 1850, p. 160), une autre dissertation de M. Rodière. — Seul de tous les auteurs qui ont écrit depuis l'arrêt *Laroque de Mons* (Req. 18 février 1818), M. Dufour, en quelques pages concises et énergiques, pose, dès 1836, les bases du système que je défends.

consacrée par deux arrêts de *cassation* (21 juillet 1846, 21 juin 1848) et deux arrêts de rejet de la chambre des requêtes (6 et 27 avril 1847). Cet accord des deux chambres est d'autant plus frappant qu'il se produit avec une fermeté inébranlable, malgré l'énergie des protestations de la doctrine.

Ce fait est grave, et il m'est permis d'y insister particulièrement dans cette *Revue*, car je me rappelle les sages paroles de ses directeurs, au début du recueil, sur l'autorité des décisions judiciaires : « Cette autorité, disaient-ils, l'interprétation judi-
» ciaire ne la doit pas seulement au caractère public et au pro-
» fond savoir des magistrats. Ce qui fait aussi sa puissance, c'est
» qu'elle est animée et militante; c'est que le droit est une
» science d'application et qu'elle l'applique; c'est, enfin, qu'elle
» est toujours en présence des faits, des mœurs, des besoins,
» des intérêts du pays, et que, appelée à les gouverner et à les
» diriger d'après les lois, elle les reflète en quelque sorte, et en
» reçoit à son tour la direction, par la force inévitable de cette
» commune et réciproque influence des lois sur les mœurs et
» des mœurs sur les lois. » (*Revue critique*, t. I, p. 1.)

Pour ma part, j'ai applaudi sans réserve à cette déclaration de principes : sans doute ce serait dégrader la science du droit que de la réduire à l'art de la statistique, de nombrer les arrêts au lieu de les peser; mais c'est manquer, en sens inverse, aux conditions de la science, que de s'isoler dans l'orgueil de sa raison individuelle et de fermer les yeux au développement pratique du droit.

Reprenons donc l'exposé de la question; et malgré l'adage reçu au palais, que les arrêts de la Cour se défendent bien tout seuls, essayons de démontrer qu'ils n'ont rien à perdre devant le tribunal de l'opinion publique.

2. Un père de famille a plusieurs enfants; il fait une donation à l'un d'entre eux au jour de son établissement. Il n'entend pas établir l'inégalité entre ses enfants; il veut faire une simple avance sur sa propre succession, et anticiper seulement par sa libéralité sur le triste bénéfice que le fils aurait recueilli de la mort de son père.

Plus tard, le père donateur contracte des dettes; il fait d'au-

tres donations ou des dispositions testamentaires. Ni en droit, ni en équité, ces actes postérieurs du père de famille ne doivent restreindre la donation primitive et entamer le droit acquis de l'enfant doté. Si le père a voulu par là reprendre indirectement ce qu'il a donné, il a excédé ses pouvoirs, et ses actes doivent être sans aucune efficacité à l'égard de l'enfant donataire; mais la supposition est odieuse, et je veux croire qu'elle se réalisera rarement.

Voici ce qui arrive souvent : Le père se faisant illusion sur l'étendue de sa fortune, a fait des donations postérieures entre-vifs ou des dispositions testamentaires, qu'il a cru pouvoir faire, sans enfreindre les droits du premier enfant par lui doté. Voilà toujours ce qu'il faut supposer; car, avant tout, il doit vouloir maintenir la donation primitive; qu'il ait voulu rendre l'enfant plus riche de son vivant qu'il ne doit demeurer après sa mort, c'est ce qui est inadmissible. D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, si telle est sa volonté, cette volonté est inique autant qu'illégale; elle ne mérite plus aucun respect.

Ainsi, et c'est là le grand point, la volonté du père de famille, dans l'espèce posée, ne peut plus être exécutée dans son ensemble; il y a conflit entre deux droits constitués l'un et l'autre par lui. Dans cette situation, il faut voir lequel des deux droits est préférable : d'une part, celui de l'enfant donataire invoquant son droit acquis du vivant du père comme propriétaire ou comme créancier; d'autre part, celui du légataire invoquant sa volonté dernière.

Assurément le droit acquis est préférable. Cette considération se fortifie encore si l'on remarque que la plupart des avancements d'hoirie sont constitués en faveur du mariage, pour subvenir aux charges de la famille nouvelle, et bien que notre législation actuelle considère l'enfant du donateur comme seul gratifié, on ne peut nier que la dot ne profite à son conjoint et n'ait été une des conditions de l'alliance.

Mais veut-on changer l'hypothèse et supposer que le père de famille n'a fait aucune disposition postérieure à l'avancement d'hoirie; seulement il a éprouvé des revers de fortune, et il ne reste plus dans sa succession de quoi lotir chaque enfant d'une

portion égale à la dot de son frère? Dans ce cas, il paraît dur de faire porter exclusivement la perte sur les enfants non dotés, et de voir ainsi ces enfants réduits à leur réserve, alors que le père n'a manifesté aucune préférence entre eux.

Ce cas assurément est plus digne de faveur que le précédent; mais, là encore, le droit acquis doit prévaloir sur tout autre intérêt; l'égalité absolue n'est pas la justice, et il est beaucoup plus onéreux pour l'enfant doté de rendre ce qu'il a reçu, qu'il ne l'est pour ses frères de recevoir moins que leur portion héréditaire.

Cette analyse purement morale de la situation nous révèle trois notions fondamentales à combiner :

1° Respect du droit acquis à l'enfant donataire;

2° Respect de l'autorité paternelle;

3° Respect de l'égalité entre les enfants.

Suivant qu'on fait prévaloir l'une ou l'autre de ces notions, on arrive à une solution différente sur la question proposée. C'est donc à l'aide de ces notions que nous pourrons classer avec quelque méthode et les différents systèmes de législation qui régissaient la France avant le Code civil, et les systèmes divers qui partagent aujourd'hui les jurisconsultes.

Section I. — Ancien droit.

3. Disons d'abord un mot de l'ancien droit; bien qu'il soit difficile de généraliser avec exactitude sur ce vaste terrain, nous pouvons établir ici trois grandes catégories entre les diverses lois qui régissaient la France.

D'une part, la jurisprudence des pays de droit écrit fait prévaloir l'autorité paternelle.

D'autre part, certaines coutumes s'attachent principalement au principe d'égalité entre les enfants. On les désigne, à cause de cela, sous le nom de coutumes d'*égalité absolue*.

Enfin d'autres coutumes, notamment la coutume de Paris, devenue prépondérante au XVIIIe siècle, tempèrent le principe de l'égalité par le principe du droit acquis au donataire; ce sont les coutumes dites d'*égalité simple*.

4. Les pays de droit écrit avaient conservé encore, au XVIIIe

siècle, les règles de la puissance paternelle du droit romain. Ainsi, en principe, le fils en puissance ne pouvait recevoir de son père une donation irrévocable. Mais ce principe était tempéré par la règle suivante : à défaut d'un acte exprès de révocation, ces donations « remontent au temps de leur date, et elles ont leur effet du jour qu'elles ont été consenties. » (Furgole, t. IV, chap. 14, n° 21.) Si donc le père n'avait pas laissé à son décès la légitime de ses enfants, la donation faite au fils en puissance n'était réduite qu'à sa date et après toutes les donations postérieures.

On sait d'ailleurs que les pays de droit écrit recevaient la règle : *nul n'est héritier qui ne veut*, et n'admettaient plus d'héritier nécessaire. (Furgole, t. III, chap. 10, sect. 1, n° 15.)

En outre l'émancipation, indépendamment des moyens directs qui la conféraient, résultait de plein droit de l'habitation séparée pendant dix ans, et, dans certains pays, du mariage[1]. (Ferrière, sur le § 6, aux Institutes, *Quibus modis jus potestatis solvitur*.)

Ces notions nous permettent de conclure qu'aux pays du droit écrit, notre question se pose dans les mêmes termes à l'égard du fils en puissance et à l'égard du fils émancipé. L'un comme l'autre était tenu du rapport, en acceptant l'hérédité; l'un comme l'autre pouvait s'en affranchir en la répudiant. (Furgole, t. IV, chap. 10, sect. 3, n° 78.) S'il répudiait, il conservait sa donation entière, en tant qu'elle n'était pas inofficieuse, c'est-à-dire en tant qu'elle laissait intacte la légitime de chacun des autres enfants.

Comment se calculait cette légitime?

D'après la novelle 18, chap. 1, la légitime est fixée à moitié des biens du père, lorsque les enfants sont plus de quatre, au tiers dans tous les autres cas.

En outre, d'après la novelle 115, il ne suffit pas que l'enfant ait, à un titre quelconque, sa part dans la légitime, il faut que cette part lui soit laissée à titre d'héritier. Quelques-uns concluaient de là que la renonciation *nullo accepto* d'un des légitimaires faisait accroître aux autres sa portion; et la conséquence me paraît, quant à moi, tout à fait juridique. La question était

[1] « Cela s'observe dans les pays du droit écrit qui sont dans l'étendue du parlement de Paris. » (Ferrière, *loco citato*.)

plus délicate quant au fils justement exhérédé; car, disait-on, *par le foudre de l'exhérédation* il est comme retranché de la famille; et, en effet, on ne peut raisonnablement considérer comme inofficieuse la disposition faite par le père sur la part de ce fils indigne.

Toutefois la question était vivement controversée. Il nous suffit de mentionner ces controverses; constatons seulement que jamais la pensée n'est venue, aux jurisconsultes anciens, de considérer comme vacante la portion du légitimaire renonçant à l'hérédité pour conserver sa donation; et que sa portion n'étant pas considérée comme vacante, il n'a jamais pu être question de la faire accroître aux enfants héritiers.

Il pouvait donc arriver, sans difficulté, que l'enfant renonçant conservât entre ses mains une part plus considérable de biens que n'eût pu faire un étranger, puisque, indépendamment de la moitié ou des deux tiers disponibles, il conservait encore incontestablement sa propre légitime. Ce résultat n'avait rien de choquant dans les mœurs des pays de droit écrit, où l'égalité n'existait en règle que sauf la volonté *expressément manifestée* du père de famille (novelle 18, chap. 6). Or, ici, ce que le fils garde en vertu de sa donation, il le tient en définitive de la volonté de son père, lequel ne peut être raisonnablement censé avoir fait une donation pour la reprendre ensuite indirectement[1]. Voilà, ce me semble, le motif pour lequel cette solution est admise sans difficulté dans les pays de droit écrit; là elle triomphe sans combattre. Nous la verrons tout à l'heure s'établir, mais plus laborieusement, sous l'empire de la coutume de Paris.

Ce résultat, quant aux pays de droit écrit, n'est contesté par personne; mais, dit-on, dans ces pays c'était une conséquence des principes du droit romain, suivant lesquels « le père pouvait » enlever à son fils le titre d'héritier pour le conférer à qui lui » plaisait..... Vis-à-vis d'un père qui pouvait retirer à l'enfant » non-seulement les biens, mais le titre d'héritier, il était lo- » gique et nécessaire d'organiser la légitime en dehors de ce titre

[1] Et ce résultat était admis même à l'égard du fils en puissance, bien que, dans ce cas, le père eût pu révoquer directement la donation. (*V.* le texte de Furgole, cité au début de ce paragraphe.)

» et de l'attribuer à la seule qualité d'enfant. » Ces idées sont exactes d'après le droit romain, antérieur à la novelle 115, mais ils sont sans application en ce qui nous concerne, puisqu'aux termes de cette novelle, reçue en France, les enfants pouvaient se pourvoir contre le testament de leurs parents, par cela seul qu'ils n'avaient pas été institués héritiers. Je ne dissimule pas que les règles de cette novelle fussent souvent éludées par suite de l'application faite sans discernement par les interprètes des dispositions antérieures du droit romain. Ainsi plusieurs jurisconsultes des pays de droit écrit, suivant en cela l'opinion d'Irnerius, décidaient, malgré la novelle, que la légitime pouvait être laissée aux enfants, à quelque titre que ce fût. Cette opinion avait prévalu dans l'usage des provinces de droit écrit du ressort du parlement de Paris, mais un arrêt de ce parlement du 24 juin 1644 vint réformer « cet usage abusif, tout invétéré qu'il était [1]. »

« Avant l'ordonnance de 1735, on jugeait au parlement de » Toulouse que la légitime ne devait être laissée à titre d'insti- » tution que lorsqu'un étranger se trouvait institué héritier uni- » versel dans le testament [2]. » Mais l'ordonnance de 1735 (article 50) confirma, en principe général, les dispositions de la novelle 115; l'article 54 respecta seulement les « dispositions » des coutumes, statuts ou autres lois particulières observées » *dans quelques-uns des pays régis par le droit écrit*, qui per- » mettent *expressément* de laisser la légitime à autre titre que » celui d'institution. »

Ainsi, dans l'ensemble des pays de droit écrit, il est inexact de poser en règle que la légitime était organisée en dehors du titre d'héritier [3].

5. Passons aux pays coutumiers.

Dans les pays coutumiers, le principe de l'égalité entre les en-

[1] L'esprit des deux ordonnances de Louis XV sur les donations et sur les testaments, par M. ***, avocat au parlement. Paris, 1752, in-12, page 390.

[2] Serres. Institutes *de exhered. liber.* Il cite Catellan, l. 2, ch. 33, et Boutaric, Institutes, page 307.

[3] Sur les effets restreints de l'institution des enfants en leur légitime, *V.* Roussilhe, *Les institutions au droit de légitime.* Toulouse, 1769, in-12, ch. 1, § IV.

fants est prépondérant. Voilà le point de départ auquel certaines coutumes restent fidèles, que d'autres, au contraire, modifient par l'idée du respect dû au droit acquis du donataire. Ces deux groupes de coutumes reçoivent la règle : *Nul ne peut être héritier et donataire;* mais les coutumes d'égalité absolue entendent cette règle en ce sens, que l'enfant donataire en avancement d'hoirie ne peut répudier la succession pour s'en tenir à la donation ou aux legs. (*V.* Tours, art. 309; Lodunois, chap. 29, art. 12; Normandie, art. 434; Anjou, art. 334; Maine, art. 346, etc.) « Quod si donatarius nolit esse heres, disait Du» moulin [1], resolvitur donatio tanquam causa finali non secuta et » res revertitur ad corpus successionis, nec licere filio donatario » se tenere ad donationem sibi factam abstinendo a successione. »

En pressant toutes les conséquences de cette doctrine, et en entendant à la rigueur le mot *avancement d'hoirie*, il faut dire que l'enfant, à l'ouverture de la succession, doit se trouver placé dans la même position que s'il n'eût pas été doté; donc le rapport qu'il fait doit profiter aux créanciers. Cette conséquence fut longtemps admise; on trouve encore un arrêt en ce sens sous la coutume de Tours, à la date du 27 août 1663. Mais après de longues controverses, on se relâcha de cette rigueur; la jurisprudence des arrêts se fixa en sens contraire, même sous l'empire des coutumes d'égalité absolue, et l'on ne doute plus, dit Ferrière [2], « que ces arrêts n'aient établi une règle certaine et » assurée. »

6. Les coutumes d'égalité simple, avons-nous dit, recevaient aussi la règle : *Nul ne peut être héritier et donataire;* mais elles l'entendaient en ce sens : Nul ne peut être *à la fois* héritier et

[1] Dumoulin sur l'article 17, n° 4 de l'ancienne coutume de Paris. Mais dès lors son opinion n'était pas suivie dans le ressort de cette coutume; Ferrière cite un arrêt du 29 août 1571 qui avait décidé en sens contraire. La nouvelle coutume de Paris condamna définitivement la doctrine de Dumoulin (*V.* Ferrière sur l'article 307 de la coutume de Paris). On pressent les arguments qui vont découler de ces notions historiques dans la discussion des systèmes contemporains.

[2] Ferrière, sur l'article 307 de la coutume de Paris.

[3] Ferrière, *ibid.* — *V.* encore Pesnelle sur Normandie, art. 434. Pesnelle écrivait en l'année 1704. Dumoulin, au contraire, n'admet pas la possibilité de ce tempérament. Le rapport obligatoire au profit des cohéritiers lui semble entraîner comme conséquence nécessaire le rapport au profit des créanciers. Sur l'article 52 de la coutume d'Amiens, qui charge expressément le donataire en

donataire. Or puisque l'enfant peut renoncer à la succession, il va de soi qu'il puisse conserver sa donation. (*V.* Paris, art. 307; Meaux, art. 13; Melun, art. 273; Sens, art. 269; Auxerre, art. 244; Amiens, art. 52; Orléans, art. 273.) Ce résultat paraissait tellement équitable qu'on n'hésitait pas, au XVIIIe siècle, à l'étendre aux coutumes muettes, « d'autant que c'est le » droit commun, dit Ferrière (sur l'article 307 de la coutume de » Paris), que les enfants peuvent renoncer à la succession de leur » père et mère, et en ce faisant, retenir et conserver les avan- » tages qui leur sont faits. En sorte que dans les coutumes qui » défendent de faire des avantages à l'un des enfants plus qu'aux » autres sans ces termes, *venans à la succession*, ces termes y » doivent être suppléés. » Et Ricard, entrant encore mieux dans l'idée du droit acquis à l'enfant donataire, dit en rapportant le texte de Dumoulin, cité plus haut (n° 5) : « Cette opinion n'a » pas été suivie avec raison. Et en effet, un père donne ordi- » nairement en avancement de son hoirie, parce qu'il espère » qu'elle sera bonne et que ses enfants y viendront, *sæpe amplius* » *de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homi-* » *nes;* mais s'il en arrive autrement, il est bien juste qu'on » reçoive l'enfant à renoncer et à se tenir à son don. »

Ainsi fixons bien ce point : La faculté accordée à l'enfant donataire de renoncer à la succession, bien loin d'apparaître aux jurisconsultes comme une faveur exorbitante, est signalée par eux comme une déduction du droit commun. Le droit acquis au donataire ne peut rencontrer aucune restriction émanant de la volonté ultérieure du père; le père n'a pu conférer aucun droit contraire à une donation qui, à son égard, est irrévocable; donc le droit du donataire renonçant ne peut être entamé que par un droit procédant directement de la loi; en d'autres termes, par l'action en réclamation de la légitime.

7. Mais comment se calculait cette légitime? Nous voici au vif de la question.

avancement d'hoirie de toutes les dettes du donateur *antérieures à l'appréhension de la donation*, il dit : « Et sic non est nec tenetur esse heres, nec re- » nuntiando hereditati donum amittit; *aliàs teneretur de debitis etiam post* » *donationem et apprehensionem factis.* »

On a cru tout dire en citant l'article 298 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « La légitime est la moitié de telle part et » portion que *chacun enfant* eût eue en la succession desdits » père et mère, aïeul ou aïeule ou autres ascendants, si lesdits » père et mère et autres ascendants n'eussent disposé par dona- » tions entre-vifs, ou dernière volonté. Sur le tout déduit les » dettes et frais funéraux. » Cet article pourtant ne tranche en aucune façon la question qui nous occupe : pour fixer la part qui revient individuellement à chacun, il faut préalablement établir quels enfants *font nombre* pour la liquidation de la légitime ; c'est la locution consacrée. Comme la légitime est toujours invariablement fixée à moitié de la succession *ab intestat*, la diminution du nombre des enfants augmente d'autant la portion de leurs frères ; or les enfants, renonçant à la succession *nullo accepto*, ne faisaient pas nombre, et Lebrun, après avoir expliqué dans un paragraphe spécial *ce que c'est que faire nombre* pour le calcul de la légitime, conclut en propres termes (*Successions*, liv. III, chap. 8, sect. 2, n° 77) : « Ainsi il est avanta- » geux au légitimaire et désavantageux à ceux qui doivent four- » nir la légitime, que le renonçant ne fasse point de part, comme » le remarque Me Jean-Marie Ricard, part. 3 des *Donations*, » nombre 1061. » La même théorie est présentée par Bourjon (*Droit commun de la France*, 2e partie des *Successions*, nos XIX et suiv.), comme reçue dans la pratique.

C'est faute d'avoir compris cette locution consacrée, *faire nombre pour le calcul de la légitime*, qu'il a échappé au conseiller rapporteur d'écrire dans les motifs de l'arrêt Laroque de Mons que, dans l'ancien droit, « la légitime de l'enfant qui re- » nonçait profitait au donataire universel, et n'était pas dévolue » par droit d'accroissement aux cohéritiers du renonçant. » C'est une erreur historique énorme, et qui a eu sur le développement de la doctrine moderne l'influence la plus fâcheuse. Si la formule ordinaire de l'*accroissement* n'était pas admise sous la coutume de Paris, sans doute pour éviter toute équivoque quant au texte de l'article 298, le résultat pratique était pourtant le même, et la part des légitimaires s'*augmentait* de plein droit par la renonciation de leur frère.

Mais ce que l'on disait du renonçant, *nullo accepto*, on se gardait bien de l'étendre à celui qui renonçait *en gardant une portion de la substance du père*. Celui-là faisait nombre pour le calcul de la légitime, et il retenait sur sa donation et sa propre part dans la légitime, et, s'il y avait lieu, toute la portion disponible. Ce résultat était admis non-seulement sous la coutume de Paris, mais sous l'empire de toutes les coutumes qui permettaient au donataire de s'affranchir du rapport en renonçant à la succession [1]. Enfin, ce résultat concorde avec la doctrine des pays de droit écrit, qu'on a trop l'habitude de mettre en opposition avec ce qu'on appelle *le système national de nos coutumes*.

Est-ce donc que la légitime était indépendante de la qualité d'héritier? Nullement; nous ne trouvons plus ici les ambages et les contradictions signalées chez les auteurs des pays de droit écrit; la légitime est bien une portion de la succession *ab intestat*, les enfants en sont *saisis*, la sagesse de la coutume en a établi l'*indisponibilité* [2]. Et toutefois, non-seulement l'enfant renonçant aura plus que ses frères acceptants, plus qu'un donataire étranger, mais il aura plus que ce que la volonté expresse du père eût pu lui conférer s'il eût accepté (art. 300 et 301 de la coutume); tant est grand le respect dû au droit acquis du donataire.

Je considère donc comme établi que la doctrine du droit commun de la France, au XVIIIe siècle, sur notre question, ne tenait pas à un détail de la rédaction de la coutume de Paris, mais qu'elle se déduisait, au contraire, de l'analyse rationnelle des avancements d'hoirie.

[1] *V.* notamment Lebrun, *ibid.*, n° 80, et Bourjon, *ibid.*, n° XIX; enfin Pothier, Introd. au tit. 15 de la coutume d'Orléans, n° 76, s'exprime en ces termes : « La » légitime étant une portion que les père et mère doivent dans leur succession » à leurs enfants, et conséquemment la demande de la légitime étant une espèce » de *petitio hereditatis*, plusieurs auteurs en ont tiré cette conséquence, que pour » la demander par voie d'action, il faut être héritier au moins sous bénéfice d'in- » ventaire; *Ricard*, p. 3, n° 978; mais *tous conviennent* qu'on peut la retenir » par voie d'exception, quoiqu'on ait renoncé à la succession. »

[2] Le mot est de Bourjon, *ibid.*, n° IV. Cf. n°s I, LII, LIII et LVII du même auteur. *V.* encore la citation de Pothier, à la note précédente, et remarquons que la controverse que mentionne Pothier roulait uniquement sur la question aujourd'hui tranchée par l'article 921 du Code civil. C'est ce que prouve la citation que Pothier fait de Ricard.

Maintenant, le Code civil a-t-il changé tout cela? C'est ce que nous allons examiner.

Section II. — Code civil.

8. Oublions pour un moment tout ce qui a été dit sur la matière depuis cinquante ans, et examinons, sans prévention aucune, les textes correspondants de la coutume de Paris et du Code civil.

Coutume de Paris.	*Code civil.*
Art. 298. La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eût eue en la succession desdits père et mère, aïeul ou aïeule ou autres ascendants, si lesdits père et mère ou autres ascendants n'eussent disposé par donations entre-vifs, ou dernière volonté. Sur le tout déduit les dettes et frais funéraux.	Art. 913. Les libéralités, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.
Art. 304. Les enfants venant à la succession du père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné, pour avec les autres biens de ladite succession être mis en partage entre eux, ou moins prendre.	Art. 843. Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre-vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport.
Art. 307. Néanmoins, où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres.	Art. 845. L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible; l'excédant est sujet à rapport.

Sauf les différences de chiffre, qui dépendent entièrement de l'arbitraire du législateur, il m'est impossible de voir entre ces deux rédactions le principe d'aucune différence doctrinale. Le Code (art. 913) fixe la quotité *disponible;* la coutume (art. 298) fixe la légitime, que Bourjon appelle la *portion indisponible.* Ce sont deux termes corrélatifs : augmenter l'un, c'est diminuer l'autre, et réciproquement; je ne puis voir là qu'une différence

de rédaction tout à fait insignifiante, et c'est là pourtant que l'on veut voir la base d'un changement radical apporté à la doctrine longuement mûrie, sagement élaborée de l'ancien droit commun de la France.

9. Pour trouver le fondement de cette prétendue innovation, je ne puis mieux faire que de consulter les motifs de l'arrêt *Laroque de Mons;* car l'incroyable autorité de cet arrêt a entraîné à sa suite les auteurs les plus distingués, et cette autorité est encore aujourd'hui rétorquée contre l'autorité bien plus sérieuse des arrêts contraires de la Cour de cassation depuis plus de vingt ans.

Or, pour fonder cette innovation radicale, je trouve dans les motifs de l'arrêt deux articulations :

1° Une articulation précise. Dans l'ancien droit, dit la Cour, ou plutôt M. Porriquet, conseiller rapporteur, la quotité disponible « n'était pas limitée; la donation, à quelque somme qu'elle » montât, n'était sujette à retranchement que jusqu'à concur- » rence de ce qui était nécessaire pour fournir à chacun des en- » fants sa légitime personnelle; enfin, *la légitime de l'enfant qui » renonçait profitait au donataire universel*, et n'était pas dé- » volue par droit d'accroissement aux cohéritiers du renon- » çant. »

Cette articulation constitue une erreur matérielle; elle est expressément et directement contredite par Ricard, Lebrun et Bourjon, aux passages cités tout à l'heure (*suprà*, n° 7).

2° Je trouve dans l'arrêt cette articulation vague : « *La légi- » time étant considérée comme une dette*, une pension alimen- » taire due par les père et mère à leurs enfants, on pouvait sup- » poser qu'en leur faisant une donation ils avaient eu pour but » principal de se libérer de cette dette; de même que les enfants, » en l'acceptant, avaient voulu sans doute l'imputer sur ce qui » leur était dû..... Mais les principes de cette ancienne législa- » tion sont évidemment inconciliables avec ceux du Code civil, » qui *au lieu de ne donner à chacun des enfants, pour sa légi- » time, qu'une créance personnelle* affectée sur les biens, leur » donne à tous collectivement la succession tout entière. »

Autre erreur historique dont les défenseurs mêmes de l'arrêt

ont fait justice[1] : la légitime était incontestablement, dans les pays coutumiers[2], une portion de la succession *ab intestat* (*suprà*, n° 7), et le Code civil n'a pas eu à lui attribuer un caractère nouveau.

En présence de pareilles erreurs, il m'est permis de répéter avec confiance : Non, la doctrine ancienne ne tenait pas à un détail de rédaction de la coutume de Paris, mais elle se fondait sur la nature essentielle des avancements d'hoirie ; le Code n'a pas changé cette doctrine, il ne l'a pas voulu, il ne l'aurait pas pu, car elle se fonde sur l'observation des rapports nécessaires de la famille.

Ainsi, l'antagonisme que l'on a voulu établir entre l'article 298 de la coutume de Paris et l'article 913 du Code civil, est fondé sur un contre-sens historique ; cet article 913 demeure, au contraire, comme un argument des plus puissants en faveur de ma thèse, puisque, fidèle aux traditions historiques et aux conditions essentielles de la famille, il établit le calcul de la quotité disponible sur le nombre des *enfants laissés par le défunt.*

10. L'article 845 fournit un argument plus solide, et qui doit être examiné à fond.

L'héritier qui renonce, dit cet article, peut retenir le don entre-vifs[3] *jusqu'à concurrence de la quotité disponible.* Cette disposition ne doit pas être isolée de celle de l'article 844, qui s'exprime dans les mêmes termes à l'égard de l'héritier préciputaire acceptant la succession. J'accorde parfaitement que dans l'article 845, comme dans l'article 844, cette locution : *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*, doit s'entendre identiquement dans le même sens ; mais la question n'est pas encore tranchée par là. En effet, logiquement, les règles qui limitent la faculté de disposer ne se peuvent concevoir que des dispositions faites au préjudice des enfants ; d'autre part, en fait, il en était

[1] *V.* notamment M. Marcadé sur les articles 913 et 914, n° IV.

[2] Il en était de même dans les pays de droit écrit, en vertu de la novelle 115 ; mais nous avons vu (*suprà*, n° 4, *in fine*) que les textes du droit romain, cités sans discernement par nos vieux auteurs, jettent, à l'égard de ces pays, une grande confusion sur la question.

[3] La question doit être examinée séparément pour le légataire ; j'y reviendrai dans un prochain article.

ainsi dans l'ancien droit : le disponible, c'était tout ce qui n'entamait pas la légitime des enfants, et là, nous l'avons vu, l'enfant donataire, en renonçant, pouvait avoir plus qu'un étranger, parce que la disposition qui l'avantageait n'avait, à l'égard des autres, rien d'inofficieux. Cette interprétation peut donc encore être admise aujourd'hui, aussi bien pour l'article 844 que pour l'article 845. Enfin, pour ce qui est de la disposition finale de l'article 844 : « *l'excédant est sujet à rapport*, » il faut lire : « l'excédant est sujet à *réduction*. » Une correction semblable est incontestablement nécessaire dans l'article 918.

On peut même argumenter en ce sens de l'article 866 ; là, les rédacteurs du Code prévoient encore le cas d'une donation excédant la quotité disponible ; et si le retranchement ne peut avoir lieu commodément en nature, ils accordent un droit de préférence à l'héritier nanti sur l'immeuble qu'il possède en vertu de la donation. Pour accorder cette préférence, ils ne se posent pas cette question simple et découlant naturellement du sujet : « Si le préciputaire est rempli par la donation de tous ses droits, n'est-il pas rigoureux de le forcer à remettre dans la masse une partie du bien donné, pour qu'il aille ensuite se remplir de ses droits sur les autres valeurs de la succession ? » Non ; ils tranchent la question par la règle un peu grossière : *Major pars trahit ad se minorem.*

De tout cela on peut conclure que les rédacteurs du Code, traitant par anticipation, dans la section du rapport, plusieurs points étrangers à leur sujet, n'ont pas encore parfaitement précisé le sens des mots *quotité disponible*, qu'ils les prennent dans le sens large de l'ancien droit, et se contentent, pour le moment, de proclamer que la quotité disponible ne pourra être dépassée ; en d'autres termes, que la réserve de chaque enfant ne pourra être entamée.

Mais voici où commence la difficulté la plus sérieuse : cette question qui n'a pas été abordée sur l'article 866, les rédacteurs du Code se la posent, au siége de la matière, sur l'article 924, et le Conseil d'État décide que « si la donation entre-vifs réduc-
» tible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les
» biens donnés, la valeur de la portion *qui lui appartiendrait*

» *comme héritier*[1]. » Le Conseil d'État n'ajoutait pas encore : « *s'ils sont de la même nature.* » Ces derniers mots, comme on l'a très-bien remarqué[2], n'existant pas dans la rédaction primitive, ne peuvent servir à rendre raison de la pensée de ses auteurs; or comme on a réglé par l'article 924 le cas déjà prévu par l'article 866, et qu'on l'a réglé par un autre procédé, la combinaison de ces deux articles n'est pas une des moindres difficultés que présente l'interprétation exégétique du Code civil[3].

Jusqu'ici encore, tout va bien; puisque le Conseil d'État autorise, dans tous les cas, l'imputation de la donation faite au successible sur la quotité disponible et la réserve cumulées, il n'entendait donc pas que l'article 844 fût contraire à ce cumul; mon interprétation de l'article 844 peut encore être reçue : on peut dire que les mots *quotité disponible* y sont pris dans le sens large, et cette interprétation réagit immédiatement sur l'article 845.

Mais le Tribunat, plus scrupuleux, et voulant imposer au préciputaire, sur les biens réservés, l'égalité *en essence et en espèce*, fait l'observation suivante : « Art. 34 du projet (924). La sec- » tion propose d'ajouter à la fin de cet article les termes suivants : » *s'ils sont de la même nature.* Cette addition est nécessaire » pour établir une concordance entre cet article et les articles 127 » (844) et 142 (859) du titre *des successions*, qui veulent le » rapport en nature, afin qu'un des héritiers n'ait pas tous les » immeubles, tandis que les autres seraient réduits à des meu-

[1] C'est-à-dire : qui lui *appartiendrait* dans tous les cas, même s'il n'y avait pas eu de donation. Ainsi entendus, ces mots s'appliquent sans doute à l'héritier préciputaire, mais ils n'excluent pas le cas de l'héritier qui renonce pour retenir sa donation; car s'il n'y avait pas eu de donation, il n'aurait pas renoncé et aurait pris sa part dans la réserve.

[2] *V.* M. Marcadé sur l'article 924.

[3] M. Marcadé soutient que ces deux articles s'appliquent à des cas tout différents. J'admets son interprétation dans l'espèce qu'il pose et dans les cas analogues. Mais *quid* dans l'espèce suivante : Six enfants, — patrimoine de 180,000 fr., sur quoi donation par préciput d'un immeuble valant 35,000 fr.? Le préciputaire a droit seulement à 30,000 fr.; peut-il conserver l'immeuble entier sauf récompense? Oui, d'après l'article 866; non, d'après l'article 924. Dans ce cas, il faut se décider : ou combiner les deux articles, comme M. Duranton (VII, n° 402), ou considérer l'article 924 comme dérogeant à l'article 866, ainsi que l'enseignent M. Vazeille (art. 924, n° 1) et M. Demante (*Programme*, t. II, n° 288).

» bles ou à une somme d'argent pour leur portion. » (Fenet, XII, p. 448.)

Cette disposition est sévère, puisque, surtout aujourd'hui et dans l'état actuel des fortunes, l'égalité *en essence et en espèce* n'est pas de grande importance, qu'il est impossible de la réaliser à la rigueur, et que le Code, à cet égard, se contente d'un à peu près (art. 832 et 859); mais, sévère ou non, cette observation du Tribunat a été accueillie, et maintenant elle fait loi.

On voit tout de suite l'objection grave qui résulte de cette addition faite à l'article 924, dans le but d'expliquer définitivement ce que l'article 844 pouvait encore laisser d'incertain. Maintenant il me paraît démontré que l'héritier préciputaire est sujet au rapport dans les limites de la réserve, et qu'il peut seulement échapper à ce rapport dans les termes du droit commun, c'est-à-dire au cas de l'article 859, et sans doute aussi au cas de l'article 860.

Or pour revenir au renonçant, affranchi du rapport, non plus par la volonté expresse, mais par l'effet de la volonté indirecte de son père (*suprà*, n° 2), il est évident que la précision finale de l'article 924 ne lui est pas applicable; s'il est autorisé à retenir un immeuble patrimonial jusqu'à concurrence de la quotité disponible *lato sensu*, ce résultat devra se produire, même s'il n'y a pas d'autres immeubles dans la succession, et il se trouvera, en ce point, mieux traité que l'héritier préciputaire. Ce résultat n'est pas absurde en soi (V. *suprà*, n° 2, et *infrà*, n°s 25 et 30); il a d'ailleurs un intérêt pratique assez restreint [1]; mais j'avoue qu'en limitant la question, comme je le fais en ce moment, à rechercher la signification grammaticale de l'article 845, l'argument me paraît très-grave dans le sens contraire au système de la Cour de cassation.

Toutefois, cet argument n'est qu'indirect; il résulte uniquement de la disposition finale de l'article 924, insérée après coup dans la rédaction. Tout au contraire, la rédaction primitive pré-

[1] Aussi m'arrivera-t-il dans la discussion d'assimiler le donataire renonçant à l'héritier préciputaire, puisque, c'est le point principal, le renonçant n'aura jamais, dans les biens patrimoniaux, une quotité supérieure à celle qu'il aurait s'il était donataire par préciput.

jugeait la question en sens opposé; il semble, par la généralité des termes employés, que le Conseil d'État voulait embrasser à la fois et le cas du préciputaire qui accepte la succession (art. 844), et le cas du *successible* qui s'affranchit du rapport par sa renonciation (art. 845).

Le Tribunat n'a eu en vue que le cas du préciputaire acceptant; et parce qu'on a fait droit à son observation, il n'en résulte pas qu'on ait condamné le sens primitif de l'article 924.

Ainsi, il reste que l'article 845, envisagé en lui-même, n'est pas déterminant, et que ces mots : *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*, peuvent s'entendre comme la contre-partie pure et simple des mots de la coutume de Paris (art. 307) : *la légitime réservée aux autres*[1].

11. Pour le surplus, il n'y a aucun argument décisif à tirer des travaux préparatoires du Code civil.

Le projet soumis aux tribunaux portait (art. 160) : « L'héritier présomptif qui renonce à la succession, peut retenir le don » entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, *ainsi qu'un étranger* » *pourrait le faire*, jusqu'à concurrence de la portion disponible. » Ces mots : *ainsi qu'un étranger pourrait le faire*, ont disparu, sans qu'il reste trace d'aucune observation des tribunaux à cet égard. Je pourrais tirer argument de cette suppression, mais je renonce à m'en prévaloir, car ce fait peut prêter à des inductions diverses. Quand l'article reparaît au Conseil d'État, il présente sa rédaction actuelle, et il est adopté sans discussion et sans observation du Tribunat. (Fenet, XII, p. 63, 66, 92, 104, 129.)

Enfin, quant au principe proclamé si haut : *il faut être héritier pour avoir droit à la réserve*, il suffit de considérer que toute la discussion au Conseil d'État a porté sur un malentendu. Ce principe assurément n'est pas nouveau : « *Apud nos non ha-* » *bet legitimam, nisi qui heres est*, » disait Dumoulin sur l'article 125 de l'ancienne coutume de Paris, et Ferrière dit expressément que les enfants sont *saisis* de leur légitime (art. 298 de

[1] *V.* en ce sens la consultation de Proudhon, citée par Sirey sur l'arrêt *Laroque de Mons* (1818, 1, 98).

la coutume de Paris, glose 1re, n° 71). Quelle est la grande importance de ce principe? C'est d'effacer toute équivoque sur la portée de cet autre adage, encore vrai aujourd'hui, que la réserve est une espèce de dette du père envers ses enfants : *Debitum bonorum subsidium;* c'est d'empêcher enfin que les enfants viennent réclamer leur légitime par contribution avec les créanciers; voilà pour les cas ordinaires. Mais quand il s'agit de la réduction des donations inofficieuses, la question est toute différente; ces donations, faites sans fraude, étant sorties définitivement du patrimoine du père, par rapport à ses créanciers, il serait injuste que l'action tendant à réclamer la légitime profitât à d'autres qu'aux légitimaires. On était unanimement d'accord, dans l'ancienne jurisprudence, sur ce résultat pratique, mais on disputait sur la formule scientifique qu'il convenait de lui donner. Les uns disaient, et Dumoulin tout le premier (*Consil.* 35, nos 15 et suiv.), qu'il fallait faire exception à la règle, et que l'enfant, dans ce cas unique, pourrait réclamer sa légitime sans se porter héritier; d'autres disaient que le légitimaire alors *est tantum heres in legitima.* (Coquille sur *Nivernais*, titre des *Donations*, art. 17, et Tronçon, cités par Ferrière sur *Paris*, art. 298, glose 1, n° 53.) Enfin Ricard avait proposé le terme moyen, alors insuffisant, d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Le Conseil d'État, au lieu d'aborder la question par son côté pratique, s'embarrassa extraordinairement de la règle : « *Apud* » *nos, non habet legitimam nisi qui heres est;* » et tel est le danger des formules abstraites, que, pour l'honneur de cette règle, il adopta d'abord l'article 921 en ces termes : « La réduc- » tion pourra être demandée par ceux au profit desquels la loi » fait la réserve...; *elle ne pourra l'être... par les créanciers du* » *défunt, sauf à ces créanciers à exercer leurs droits sur les* » *biens recouvrés par l'effet de cette réduction.* » (Fenet, XII, p. 421.) C'était une disposition monstrueuse, contraire à l'équité comme au droit; mais grâce aux observations du Tribunat, une discussion nouvelle s'ouvrit, et l'article parut avec sa rédaction actuelle. (Fenet, XII, p. 447 et 471.)

12. Ainsi, en proclamant ce principe : « *Apud nos, non ha-*

» *bet legitimam nisi qui heres est*, » les rédacteurs du Code n'avaient nullement en vue la question qui nous occupe. Ce principe avait toujours été reçu en France, et il n'empêchait pas le résultat que je défends.

Le Code a-t-il abrogé l'ancienne doctrine quant à ce point? Un seul texte autorise à le penser : l'article 845, promulgué sans explication aucune. Mais il faut reconnaître que cette innovation, si elle existe, a été bien mal réglée; car, outre celui que je soutiens, elle donne lieu à quatre systèmes différents qui partagent encore aujourd'hui les jurisconsultes les plus considérables.

Je résumerai ces systèmes dans leurs propositions fondamentales, j'essayerai de les combattre; j'examinerai ensuite séparément le développement de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1818; enfin je chercherai à présenter l'établissement rationnel et les conséquences pratiques du système actuel de la Cour suprême.

Section III. — Examen des quatre principaux systèmes opposés à celui de la Cour de cassation.

13. Le premier système que nous rencontrons, est celui du célèbre arrêt Laroque de Mons; les deux suivants n'en sont que des modifications; quant au quatrième, il est bien près du système de l'ancien droit repris aujourd'hui par la Cour de cassation, mais il reste à moitié chemin de la vérité. Il convient donc de porter un examen d'ensemble sur les trois premiers systèmes, qui forment comme un seul groupe.

Premier système. — 1re *Proposition.* La réserve est une portion de la succession *ab intestat;* pour y prendre part il faut se porter héritier.

Or l'enfant qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785).

Donc il ne peut rien avoir de la réserve, ni par voie d'action, ni par voie d'exception. Les biens qu'il conserve à titre de donation, s'imputent entièrement sur la portion disponible.

2e *Proposition.* La portion disponible doit se calculer sur le nombre *des enfants laissés par le défunt* (art. 913). Par consé-

quent, s'il y a moins de quatre enfants, l'existence du renonçant augmente la réserve.

3° *Proposition*. La part du renonçant dans la réserve se trouvant vacante, accroît aux enfants acceptants (art. 786).

Le droit d'accroissement étant un des attributs du droit des héritiers *ab intestat*, ce résultat se déduit de la première proposition.

DEUXIÈME SYSTÈME [1]. — 1re *Proposition*. Identique à celle du premier système.

2e *Proposition*. L'article 913 s'explique inexactement, quand il calcule la legitime sur le nombre des enfants *laissés par le défunt*.

Il faut entendre ces mots comme synonymes de ceux-ci : si le défunt laisse un, deux ou trois enfants *venant à sa succession*. Cette inexactitude de rédaction se corrige aisément par la combinaison des articles 915, 922, 930, 1006, etc.

Ainsi, si le défunt laisse trois enfants, dont un renonce, la portion disponible sera non plus d'un quart, mais d'un tiers de toute la succession.

3e *Proposition*. Aucune part ne se trouvant vacante dans la réserve par suite de la renonciation d'un des enfants, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles ordinaires de l'accroissement. On échappe par là à des conséquences fâcheuses et contraires à l'équité.

TROISIÈME SYSTÈME (*système de M. Marcadé* [2]). — Logiquement, l'enfant donataire en avancement d'hoirie ne devrait rien conserver quand il renonce à la succession. Ce qu'il conserve, il ne le tient plus de la volonté de son auteur, mais d'une faveur extrême de la loi.

La date de son acquisition ne doit donc plus remonter à l'é-

[1] *V*. M. Duvergier sur Toullier, V-100; M. Marcadé sur l'article 913, n° v; M. Valette, dans le *Droit* du 17 décembre 1845.

[2] M. Marcadé s'autorise de quelques précédents de jurisprudence, et surtout d'un arrêt de Bastia du 24 juillet 1827 (*V*. son commentaire des articles 845, n° II, et 919, n° IV). Mais comme ces décisions judiciaires étaient restées sans autorité aucune, jusqu'à ce que le savant auteur fût venu reprendre leur doctrine avec sa verve accoutumée; qu'il déclare lui-même que ces décisions, approuvées au fond par lui, sont mélangées de principes erronés, on peut considérer aujourd'hui ce système comme entièrement propre à M. Marcadé.

poque de la constitution primitive de l'avancement d'hoirie, mais seulement au moment de sa renonciation à la succession. Cette donation se trouve ainsi la dernière en date de toutes les donations; bien plus! elle vient à naître après que le testament a produit son effet.

Donc aux termes de l'article 923, largement entendu, cette donation anomale doit subir la réduction avant toutes les donations entre-vifs, et même avant les dispositions testamentaires.

Ce résultat peut paraître dur pour l'enfant; mais s'il souffre, c'est par sa faute : il n'avait qu'à accepter la succession de son père; *qui damnum suâ culpa sentit, sentire non intelligitur.*

14. Reprenons sommairement la discussion de ces trois systèmes.

Le premier, par un enchaînement algébrique de formules, conduit aux conséquences morales les plus déplorables : il permet aux enfants de se jouer de la volonté de leur père. Le père, en effet, qui par l'avancement d'hoirie croyait d'abord, et avant tout, s'acquitter envers son enfant de la portion indisponible, se trouve ainsi, sans aucune imprudence de sa part, paralysé dans sa juste prérogative.

A l'égard de l'enfant donataire, il conduit à cette conséquence bizarre qu'elle le place « dans une position telle qu'il lui serait » avantageux d'avoir été étranger au défunt. Ces cas se présente- » raient lorsqu'il n'y aurait pas plus de deux enfants qui vien- » draient à la succession. Alors, suivant l'article 913, l'étranger » donataire pourrait retenir tantôt le tiers, tantôt la moitié du » patrimoine, tandis que l'enfant renonçant, faisant une tête de » plus, *comptant contre lui-même*, ne pourrait, dans les mêmes » hypothèses, retenir au delà du tiers et du quart. » (M. Dufour, *Revue étrangère et française*, 1836, p. 492 et 493.)

Il faut recourir aux circonstances du fait pour comprendre comment la Cour de cassation s'est laissée aller, en 1818, à formuler ce système. L'incroyable autorité de son arrêt d'alors a ensuite entraîné des auteurs distingués dans cette étrange doctrine.

15. Le second système n'encourt pas des reproches aussi

graves; il échappe du moins à cette conséquence monstrueuse de voir l'enfant donataire compter contre lui-même.

Mais quant à la prérogative du père de famille, il ne fait qu'atténuer, dans certains cas, les inconvénients pratiques du premier système; il les laisse parfois subsister entièrement.

Et d'abord, il les laisse entièrement subsister s'il y a trois enfants acceptants ou un plus grand nombre.

Mais j'ajoute : il ne fait que les atténuer, s'il n'y a qu'un ou deux enfants acceptants; dans ce cas, en effet, l'enfant renonçant n'étant plus compté pour le calcul de la portion disponible, cette portion monte du quart au tiers, ou du tiers à la moitié. Même dans ce cas, il reste vrai de dire que le père de famille est trompé dans ses prévisions légitimes, car, par l'avancement d'hoirie, il entendait certainement s'acquitter d'avance envers l'enfant doté de sa part future dans la réserve. Si plus tard il a donné la portion disponible, il devait compter sur l'entier effet de sa disposition dernière, en tant qu'elle n'enfreignait ni la donation, irrévocable de sa nature, qu'il avait faite précédemment à l'enfant doté, ni la réserve de ses autres enfants. Ainsi, par le résultat de cette théorie, une disposition du père de famille se trouvera souvent réduite ou annulée sans pourtant qu'on puisse lui reprocher d'être aucunement *inofficieuse*.

Remarquons enfin que les partisans de ce système trouvent mauvais que la part du renonçant, *aliquo accepto*, *accroisse* aux enfants acceptants, d'après l'article 786, et pourtant ils trouvent bon que cette renonciation *augmente* la réserve au moyen de l'interprétation rectifiée qu'ils donnent de l'article 913. Ce second système pèche donc, comme le premier, par sa base, lorsque pour l'honneur de l'article 785, tout à fait étranger à la matière, il considère comme étranger à la succession l'enfant qui renonce, en gardant entre ses mains une portion de la substance du père. Par là il viole l'article 913, non pas seulement dans la lettre, mais au plus profond de son esprit. Le calcul de la quotité disponible sur le nombre des enfants *laissés par le défunt* est fondé sur les rapports essentiels de la famille et sur toutes les traditions historiques du droit.

16. Enfin le troisième système, correctif grave des deux pré-

cédents, venge complétement les atteintes portées par eux à l'autorité paternelle; mais il sacrifie complétement le droit acquis à l'enfant donataire.

En législation il serait acceptable, car, au fond, il revient à peu près au système des coutumes d'*égalité absolue* [1].

Pour l'établissement de son système, M. Marcadé est obligé de prendre pour base cette idée de Dumoulin, que la donation en avancement d'hoirie devrait être forcément annulée par la renonciation à la succession, *quasi causa finali non secuta;* que ce que le donataire conserve, il le doit à une faveur extrême de la loi; et ainsi, à ses yeux, c'est faire encore beaucoup pour cet enfant que de lui laisser quoi que ce soit après l'entier acquittement de toutes les dispositions du père.

En législation, dis-je, ce système est soutenable, mais il est bien sévère; il impose à l'enfant doté des sacrifices que la délicatesse peut conseiller quelquefois, mais que ni le droit, ni même la morale ne sauraient jamais imposer [2].

En droit positif, ai-je besoin de rappeler que ce système, contraire à la doctrine du droit écrit et à la jurisprudence de l'immense majorité des pays coutumiers, a été abandonnée en parfaite connaissance de cause; que, proposé par Dumoulin sous l'empire de l'ancienne coutume de Paris, il n'était déjà pas suivi alors par la jurisprudence des arrêts, et que la réforme de la coutume de Paris l'y a définitivement condamné [3]?

Le Code civil aurait-il rétabli ce système? On voit assez qu'il n'en est rien quand on suit les résultats bizarres auxquels il conduit aujourd'hui. En effet, puisqu'il faut, bon gré mal gré, laisser quelque chose au renonçant, et lui laisser ce quelque chose à titre de donation entre-vifs (art. 845), on se trouve néanmoins

[1] Il n'y revient pas complétement, car, par l'effet du rapport forcé, les enfants non dotés *se trouvaient associés au bénéfice de la donation;* les créanciers n'en profitaient pas, *à fortiori* non plus les légataires. (V. *suprà*, n° 5.)

[2] « Il y a vraiment de quoi trembler pour quiconque écrit sur le droit, dit » M. Rodière, quand on voit un auteur d'un incontestable talent comme M. Mar» cadé, enseigner une doctrine si peu équitable. » (*Revue de législation*, t. II de 1850, p. 364.)

[3] V. *suprà*, n°s 4, 5 et 6. M. Marcadé est plus sévère pour un enfant ayant reçu une donation *irrévocable par le fait du père*, qu'on n'était dans les pays de droit écrit à l'égard du fils en puissance, dont la donation eût été directement révocable. (*Suprà*, n° 4.)

amené à dire que l'acquisition des biens *retenus* s'opère après la mort du donateur, au moment de la renonciation de l'enfant donataire. Il faut bien procéder ainsi; car autrement, comment arriver à considérer une donation *entre-vifs* (il n'y en a plus d'autres aujourd'hui) comme postérieure aux dispositions testamentaires?

Veut-on rattacher ce résultat à la volonté présumée du donateur? Il faut alors interpréter ainsi sa pensée : Si mon fils renonce à ma succession, je lui donne seulement ce qui restera après l'acquittement intégral de toutes les dispositions qu'il me plaira de faire. Mais c'est là *donner et retenir;* une telle clause ne serait valable que dans un contrat de mariage et en vertu d'une réserve expresse.

Nous ne sommes pas encore à bout de difficultés. Puisque les légataires sont préférables à ce parin de la famille, il faut, pour être conséquent, lui préférer à plus forte raison les créanciers. Alors l'enfant qui a renoncé pour s'affranchir du rapport, à l'égard de ses frères, va se trouver assujetti au rapport à l'égard des créanciers et des légataires!

C'est revenir au système de Dumoulin, sous les coutumes d'égalité absolue; et ce système avait été condamné même sous l'empire de ces coutumes par le progrès de la jurisprudence (*V.* Ferrière et Pesnelle, cités *suprà*, n° 5). On ne peut s'étonner de pareilles conséquences quand on voit, par les notions historiques exposées ci-dessus, que M. Marcadé appuie son système sur une base écartée depuis trois siècles du droit commun de la France; c'est comme si, deux syllogismes étant donnés avec des prémisses directement contraires, on transportait à l'un les conséquences de l'autre.

17. Passons à l'examen du quatrième système, le dernier qui me reste à combattre et qui d'ailleurs va nous ramener par une pente insensible à celui que je défends. Ce quatrième système peut être ainsi formulé :

1re *Proposition.* L'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir à la donation ne doit avoir ni plus ni moins que n'aurait un donataire étranger (art. 845).

2e *Proposition.* Sa donation doit s'imputer d'abord sur la ré-

serve et subsidiairement sur la quotité disponible, mais sans jamais excéder les bornes qu'aurait la donation si elle était faite à un étranger.

Démonstration. « L'article 845 se borne à dire que l'héritier » qui renonce peut retenir *le don entre-vifs à lui fait jusqu'à* » *concurrence de la quotité disponible*, et ne dit pas, comme » on semble le supposer, qu'il peut retenir sur son don la *quotité* » *disponible*. L'expression *quotité disponible*, qu'on lit dans cet » article, a donc bien moins pour objet d'indiquer le caractère intrinsèque de la retenue que d'en déterminer la mesure [1]. »

Conséquence pratique. Nonobstant l'avancement d'hoirie, le père conservera toujours nécessairement une partie de biens disponibles.

Ce système a le grand mérite de rétablir les vrais principes sur la nature des avancements d'hoirie ; il reconnaît « qu'il est » impossible d'assimiler, d'une manière absolue, à un donataire » étranger le successible donataire en avancement d'hoirie qui » renonce à la succession pour s'en tenir à son don....; qu'il ne » peut dépendre du successible donataire en avancement d'hoirie » de dénaturer, par sa renonciation, le caractère de la libéralité » qu'il a reçue. Cette renonciation a bien pour effet de la dispenser du rapport vis-à-vis des autres héritiers ; mais elle » n'empêche pas que le défunt, en disposant par avancement » d'hoirie, n'ait jusqu'à due concurrence satisfait à l'obligation » de laisser à ses héritiers à réserve une certaine portion de sa » fortune, et n'enlève pas par conséquent aux biens retenus par » le renonçant le caractère de biens donnés en avancement » d'hoirie ou à valoir sur la réserve. » (MM. Aubry et Rau, *ibid.*)

Il est impossible de mieux dire ; mais voici maintenant où les

[1] MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. V, § 684 *ter*, note 12. *V.* aussi la dissertation de M. Pont, dans la *Revue de législation* (année 1843, p. 435-463, et spécialement p. 455). Ce système est encore enseigné, à ma connaissance, au moins dans une des chaires de la Faculté de droit de Paris. On l'appuie ordinairement sur les arrêts de la Cour de cassation du 11 août 1829 et du 25 mars 1834 ; mais je montrerai plus loin que la Cour de cassation n'a jamais eu occasion de le consacrer expressément. Les bornes de cet article m'interdisent d'entrer dans l'examen critique des nombreuses décisions des Cours d'appel.

savants auteurs me laissent à moitié route. Si la donation en avancement d'hoirie excède la portion qui serait disponible au profit d'un étranger, et que le père de famille ait fait des donations postérieures ou des legs, la donation première est réduite, réduite au profit de qui? au profit des donataires postérieurs ou des légataires!

MM. Aubry et Rau ont bien pressenti l'objection, on le voit au soin qu'ils apportent à dire « que par cela même que le défunt n'a antérieurement disposé qu'à titre d'avancement d'hoirie, il s'est réservé la faculté de faire des dispositions ultérieures; » par conséquent si le bien retenu par le renonçant conserve le caractère d'avancement d'hoirie, c'est dans l'intérêt des donataires ultérieurs ou des légataires « qui sont à cet égard les ayants cause du défunt. » A cela je réponds que la règle *donner et retenir ne vaut* est applicable aux avancements d'hoirie tout comme aux autres donations; que si l'avancement d'hoirie a été constitué par contrat de mariage (comme il arrive le plus souvent), il faudrait pour produire le résultat indiqué, 1° qu'une réserve *expresse* fût contenue dans l'acte de donation (art. 1086); 2° que, par les dispositions ultérieures, le père eût manifesté l'intention formelle de réduire la première donation; autrement on ne sait si en dépassant les limites de sa fortune, il a voulu révoquer ou au contraire s'il s'est fait illusion sur ses facultés. Dans le doute le droit acquis au premier donataire doit prévaloir.

En dehors de ces deux conditions, tout ce que le père peut faire c'est d'assujettir expressément le donataire au rapport; nous aurons à étudier plus loin les effets d'une clause de cette nature (*infrà*, n° 34).

Si l'on m'accorde cela, il reste que ce système intermédiaire est invinciblement poussé à rentrer dans le système de l'ancien droit commun de la France, des premiers interprètes du Code civil et de la Cour de cassation. Aussi deux des plus énergiques adversaires du système de la cour, MM. Marcadé et Valette ne font-ils aucun quartier à ce système mitoyen de l'imputation; à leurs yeux, c'est là qu'est le principe de l'erreur, comme pour moi c'est le commencement de la vérité.

18. Pour échapper à cette conséquence, M. Rodière propose

une formule nouvelle de ce système, que j'aurais pu qualifier cinquième système sur la question [1]; mais comme la doctrine du savant professeur mène identiquement aux mêmes conséquences pratiques que le système de l'imputation, je la présente pour simplifier cette longue énumération comme une modification du système précédemment exposé, comme un moyen d'arriver au même but par un autre chemin.

M. Rodière admettant comme évident que l'enfant renonçant ne peut rien avoir sur la réserve, dit avec beaucoup de raison que le système de *l'imputation* déconcerte sur-le-champ l'esprit de quiconque admet, comme lui, ce principe. C'est dans cette pensée qu'il propose aux méditations des jurisconsultes le système suivant. Je vais essayer de le formuler, comme les précédents, en propositions d'école.

1re *Proposition.* L'enfant qui renonce à la succession ne doit avoir ni plus ni moins que n'aurait un donataire étranger (article 845). *Proposition identique à celle du système de l'imputation.*

2e *Proposition.* L'existence de l'enfant renonçant augmente la réserve (art. 913).

Mais, 1° il est inique de faire accroître cette part de réserve aux enfants acceptants;

2° La réserve ne pouvant appartenir qu'aux enfants héritiers, il répugne d'admettre que la donation du renonçant *s'impute* sur la réserve.

Conclusion. La réserve du renonçant rentrant dans la masse par l'effet de la volonté implicite du père, le père doit pouvoir en disposer comme d'une délibation virtuelle du don qu'il a fait.

Je réponds à M. Rodière, comme à MM. Aubry et Rau, que cette délibation virtuelle de la donation est contraire à la règle

[1] *Revue de législation*, t. II de 1850, p. 360. M. Duranton avait déjà posé la base de ce système *V.* t. VII, nos 281-291 et t. VIII, nos 298 et 369. En ajoutant le système de la Cour de cassation, et sans parler des innombrables décisions des Cours d'appel, nous arrivons ainsi, tout compte fait, au nombre de six systèmes divergents sur une question d'un intérêt pratique immense. Voilà le service que le trop célèbre arrêt Laroque de Mons a rendu à la jurisprudence!

fondamentale *donner et retenir ne vaut*, laquelle, on ne saurait trop le répéter, régit les avancements d'hoirie comme toutes les autres donations. J'ajoute que l'obligation implicite imposée, dit-on, par le père au renonçant de remettre dans la masse une partie des biens donnés, ne saurait produire plus d'effet que l'obligation expresse du rapport. Or cette obligation expresse ne profiterait qu'aux cohéritiers et nullement aux légataires. Je tâcherai d'éclaircir plus loin ce point délicat (*infra*, n° 31).

Enfin en opposant à M. Rodière la même réponse qu'à MM. Aubry et Rau, on comprend qu'à mon point de vue, je ne peux faire un mérite à sa doctrine de laisser intacte beaucoup mieux que ne font, malgré leurs efforts, les doctes professeurs de Strasbourg, la base de l'arrêt *Laroque de Mons*. Tout au contraire, le système du savant professeur de Toulouse, comme les trois premiers que j'ai combattus, me paraît méconnaître le caractère essentiel et indélébile de l'avancement d'hoirie.

GABRIEL DEMANTE.

(La suite au prochain numéro.)

TRANSCRIPTION. — LICITATION. — PARTS ACQUISES.

Lorsque plusieurs cohéritiers acquièrent conjointement sur licitation un immeuble indivis entre eux et d'autres cohéritiers, l'adjudication prononcée à leur profit est-elle un acte de nature à être transcrit, en telle sorte qu'un droit de transcription à 1 1/2 pour 100 soit exigible; et en supposant l'affirmative, ce droit de transcription doit-il être liquidé sur la valeur intégrale de l'immeuble licité, ou seulement sur la valeur de la part acquise par les cohéritiers adjudicataires?

Dissertation par M. PAUL PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal civil de Châteaudun.

Peu de questions, en droit fiscal, ont été l'objet d'une discussion et d'une controverse plus persistantes. Aujourd'hui encore, quand plus de vingt ans se sont écoulés depuis qu'elle occupe incessamment l'attention des tribunaux, on peut dire qu'elle n'a pas fait un pas en avant, en ce que, si la solution paraît définitivement arrêtée dans la pensée de la Cour suprême, le dissentiment et la lutte n'en subsistent pas moins, dans toute leur vivacité, au sein des tribunaux inférieurs.

La question est complexe; elle implique une difficulté d'exigibilité et une difficulté de liquidation.

Nous n'insisterons pas sur la première. Nous nous bornerons à dire qu'à notre avis, dans la rigueur des principes, les actes de cette espèce ne nous paraîtraient pas susceptibles de donner ouverture à l'augmentation de droit établie par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, pour remplacer le droit de transcription qu'avait édicté l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII. En effet, tout acte qui fait cesser l'indivision entre cohéritiers, quelle qu'en soit la qualification, admet l'action en rescision pour lésion de plus du quart, d'après l'article 888 du Code civil, c'est-à-dire qu'il est réputé partage. Or tout partage est déclaratif et non attributif de propriété (art. 883 Code civ.). Donc le communiste qui reste seul propriétaire de l'immeuble indivis par suite de licitation ne doit pas avoir de supplément de droit à acquitter en raison de la transcription : l'acte n'est pas de nature à être transcrit, et ainsi, il ne rentre pas dans les prévisions de l'article 54 de la loi du

28 avril 1816, dont la disposition est ainsi conçue : « Dans tous les cas où les actes *seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques*, le droit sera augmenté de 1 1/2 pour 100, et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. »

Cependant la Cour de cassation a fait prévaloir une doctrine toute différente. La jurisprudence constante de cette Cour est de considérer la licitation comme simplement déclarative que dans le cas où elle fait cesser l'indivision d'une manière complète, et non pas dans le cas où elle se borne à écarter un ou plusieurs colicitants en laissant les immeubles licités indivis entre plusieurs autres colicitants adjudicataires. La cour de cassation estime, en outre, que le droit de transcription est exigible toutes les fois que cette transcription aura ou pourra avoir quelque utilité hypothécaire. C'est-à-dire que les mots « actes de nature à être transcrits », de la loi du 28 avril 1816, deviendraient synonymes de ceux-ci : « actes de nature à être purgés. » Et comme, dans les complications et les difficultés du système hypothécaire, nul n'oserait affirmer que le plus ou moins d'analogie d'un acte avec ceux qui sont simplement déclaratifs mettra le tiers détenteur, cohéritier ou copartageant, à l'abri des créanciers hypothécaires, et partant qu'il n'y a pas utilité à purger, on en conclut que le plus sûr est d'appliquer le droit de transcription dès que le contrat est soumis à la formalité de l'enregistrement.

Assurément ce n'est pas l'esprit dans lequel a été rédigé l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 ; ce n'est pas non plus le sens primitif de l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII, auquel l'article précité de la loi de 1816 s'est substitué. Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation a un incontestable avantage, celui de rendre en quelque sorte obligatoire, dans le cas proposé, la formalité de la transcription, la perception du droit enlevant aux adjudicataires l'intérêt qu'ils pourraient avoir à ne pas transcrire. Par là, la jurisprudence supplée aux imperfections du régime hypothécaire, en ce qu'elle tend à donner quelque sécurité à ceux qui contractent avec les détenteurs de propriétés immobilières. A ce titre, on comprend que la doctrine

qu'elle consacre soit préférée, dans la pratique, à celles qui résulterait des principes rigoureusement appliqués [1].

Mais la question de liquidation ne comporte pas de transaction de ce genre; et, à cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation, quelque nombreux que soient les précédents qui l'établissent, ne nous semble pas pouvoir être justifiée. La Cour juge invariablement que le droit de transcription est sans aucune relation avec le droit d'enregistrement. D'après cela, elle rattache la perception à l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII, et dit que si cet article ordonne que « le droit sur la transcription des actes emportant mutation de propriété immobilière sera perçu sur le prix intégral, ainsi que ce prix aura été réglé à l'enregistrement, » le but de cette disposition n'a été nullement que le droit de transcription ne puisse être exigé que sur la somme soumise au droit proportionnel d'enregistrement; qu'il y a lieu de distinguer à cet égard, et que si le copropriétaire qui achète la chose commune ne doit le droit d'enregistrement que sur la portion qu'il acquiert, la portion qu'il possédait déjà ayant été l'objet d'un acquittement antérieur de ce droit, il ne saurait prétendre à la même réserve en ce qui concerne le droit de transcription; que par la transcription, l'acquéreur, quel qu'il soit, veut purger en entier l'objet acquis de toutes les hypothèques qui le frappent, et que la transcription étant indivisible aussi bien que les hypothèques, c'est le prix tout entier qui doit être frappé du droit. Ces règles de solution ont été suivies, pour la première fois, dans un arrêt de rejet du 15 novembre 1841; depuis, la Cour de cassation les a confirmées dans une série d'arrêts portant cassation, et en date des 17 janvier 1842, 13 avril 1847, 21 juin 1848, 7 novembre 1849, 26 août et 2 décembre 1850, et 26 février 1851.

Le tort de cette jurisprudence, à notre avis, est de supposer qu'il s'agit, dans le cas particulier, de la perception d'un droit par application de la loi du 21 ventôse an VII, sur l'organisation de la conservation des hypothèques, et en supposant cela, de conclure de l'indivisibilité de la transcription à l'indivisibilité

[1] C'est l'opinion émise dans le *Traité du droit d'enregistrement* publié par MM. Dalloz, et auquel nous avons eu l'honneur de concourir. *V.* n°s 6021 et suiv.

du droit à percevoir. Admettons que la question doive se résoudre par le texte de l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII, on pourrait dire encore que si la transcription est indivisible dans son exécution matérielle, rien ne s'oppose à ce que le droit, au moins le droit proportionnel qui doit entrer dans les caisses du fisc, sinon le droit dû au conservateur comme salaire de la formalité, en soit divisé. Le texte de l'article 25 de la loi de ventôse an VII ne résisterait pas, du reste, absolument avec cette division.

Mais il y a mieux : le droit dont il s'agit, dans le cas particulier, n'est plus un droit de transcription, c'est un droit d'enregistrement. En effet, en ce qui concerne les actes qui sont de nature à être transcrits, l'impôt constitué par les lois des 29 vendémiaire an VI et 21 ventôse an VII, a été remplacé, par l'effet des articles 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816, par un droit d'enregistrement ajouté à celui que les lois spéciales de l'enregistrement avaient établi sur ces mêmes actes.

Cela est parfaitement clair relativement aux ventes d'immeubles spécialement prévues dans l'article 52 de cette dernière loi. Cet article dit : « *Le droit d'enregistrement* des ventes d'immeubles est fixé à 5 1/2 pour 100, mais la formalité de la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. » Qu'est-ce à dire? Qu'à partir de la loi du 28 avril 1816, il y a eu, sur les ventes d'immeubles, non plus deux droits distincts, l'un d'enregistrement à 4 pour 100 tel qu'il avait été fixé par la loi du 22 frimaire an VII, l'autre de transcription à 1 1/2 pour 100 tel qu'il résultait de la loi du 21 ventôse an VII, mais un seul et même droit, qui est un droit d'enregistrement.

Eh bien! ce que l'article 52 de la loi de 1816 a fait pour la vente d'immeubles spécialement, l'article 54 de la même loi l'a fait pour les actes qu'il prévoit lorsqu'il a dit que « dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits, *le droit sera augmenté* de 1 1/2 pour 100, et que la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel, » *le droit sera augmenté.* Quel droit? Évidemment le droit d'enregistrement. Cela est évident par le texte même; cela est évident aussi par le rapprochement de ce texte avec celui de l'article 54. La loi, ici, prévoyant

des actes nombreux et soumis à des droits différents par leur quotité, met à la place d'une nomenclature inutile et peut-être impossible, une formule générale qui embrasse tous les actes prévus et rend, par cette formule, l'idée que l'article 52 exprime de la manière la plus nette en chiffrant lui-même le résultat de l'augmentation à laquelle il soumet les ventes d'immeubles spécialement. Ainsi, il résulte de l'article 54 que désormais les actes, quels qu'ils soient, qu'il prévoit et que la loi spéciale de l'enregistrement avait tarifés à un droit proportionnel déterminé, payeront, à l'enregistrement, ce droit augmenté de 1 1/2 pour 100; en telle sorte que tel acte, soumis d'abord à 3 ou à 4 fr. pour 100, en devra désormais 4 1/2 ou 5 1/2, sans qu'il soit possible, pas plus que pour les ventes d'immeubles, de scinder ces dernières quotités et d'y voir un droit de 3 ou de 4 pour 100 pour enregistrement, et un droit de 1 1/2 pour 100 pour transcription. Par où l'on voit qu'il s'agit réellement, dans l'espèce, non pas de percevoir un droit par application de la loi du 21 ventôse an VII, comme le suppose la jurisprudence de la Cour de cassation, mais d'appliquer l'augmentation du droit d'enregistrement établie par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816.

Cela étant, cette augmentation de droit ne saurait être liquidée autrement que le droit auquel elle accède et qu'elle complète. Or il était de principe, même sous la jurisprudence du centième denier, que lorsque des biens étaient adjugés à un copropriétaire, il fallait distraire sa portion, parce que, disait-on, il ne se faisait de mutation à son égard que du surplus, et qu'il était de l'essence de l'acte de ne produire de mutation effective que des portions dont l'adjudicataire n'était pas précédemment propriétaire. Ce sont ces principes que la loi du 22 frimaire an VII a nettement consacrés, quant au droit d'enregistrement, en tarifant *les parts et portions acquises par licitation*, expressions parfaitement claires et qui ne permettent pas de douter que ce que le législateur entend tarifer, dans la licitation, ce n'est pas la licitation elle-même, mais ce qui vient s'adjoindre, par l'effet de l'adjudication, à la part indivise que possédait l'adjudicataire dans l'immeuble commun. Il répugne donc à la raison d'admettre que le droit complémentaire ajouté par la loi du

28 avril 1816, et qui désormais ne fait plus qu'un avec celui qu'avait établi la loi du 22 frimaire an VII, puisse frapper la licitation elle-même et atteindre l'intégralité du prix de l'immeuble licité [1].

Sur ce terrain de l'abrogation de l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII, par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, la question de liquidation que nous venons d'examiner ne nous semble pas douteuse. La Cour de cassation consentira-t-elle à s'y placer? Les nombreux arrêts qu'elle a rendus feraient hésiter à le croire, si cette Cour n'était pas toujours disposée à faire passer avant l'autorité de ses précédents son amour et son respect pour les vrais principes.

PAUL PONT.

LE PRIVILÉGE DES FOURNISSEURS OU GENS DE SERVICE PRIME-T-IL LE PRIVILÉGE DU LOCATEUR [2]?

Par M. ÉMILE JAY,
Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Cette question a été discutée naguère à la conférence des avocats de Paris : *Rapporteur*, M. Hérold, l'un des secrétaires; *plaid*. MM. Hubbard, Ménard, Émile Jay, Delious, Château, Baudot, Mengin de Bionval et Flogny.

« La question que nous venons vous soumettre, a dit le rapporteur, est l'objet d'une controverse à la fois des plus vives et

[1] La question vient d'être résolue en ce sens par un jugement du Tribunal de Châteaudun, en date du 28 novembre 1851.

[2] *Affirmative :* Maleville (sur l'article 2102); Tarrible (*Rép.*, v° *Privil.*, sect. 3); Favard de Langlade (v° *Privil.*, sect. 5, § 1); Grenier (t. II, n° 298); Troplong (t. I, n°s 73 et suiv.); Limoges, 15 juill. 1813; Rouen, 12 mai 1828; Poitiers, 30 juill. 1830; Rouen, 30 janv. 1851 (Sir. Dev., 14, 2, 262; 29, 2, 15; 31, 2, 88; *J. P.*, 1851, 2, 111). — *Négative :* Duranton (t. XIX, n° 203); Demante (*Thémis*, t. VI, p. 138); Persil (art. 2108); Valette (*Privil. et hypoth.*, n° 119); Dalloz (v° *Hyp.*, ch. 1, sect. 3); Zachariæ (t. II, § 289); Paris, 27 nov. 1814; Rouen, 17 juin 1826; Paris, 25 févr. 1832; Rejet, 20 mars 1849 (Sir. Dev., 16, 2, 205; 27, 2, 5; 32, 2, 299; *J. P.*, 1850, 1, 214).

des plus importantes. Résultat d'une lacune regrettable que l'on s'étonne de trouver dans la loi, elle nous offre le spectacle assez rare d'une difficulté que la pratique soulève fréquemment, et qu'une jurisprudence incertaine laisse cependant indécise encore.

» Trois systèmes peuvent se concevoir ici : l'un qui ferait passer le privilége général toujours avant le privilége spécial; l'autre, qui dans ce conflit préférerait toujours le privilége spécial; le dernier enfin, qui, distinguant entre les priviléges généraux d'après leur cause, accorderait la faveur à certains d'entre eux et la refuserait aux autres..... La doctrine s'accorde avec la jurisprudence pour placer au premier rang le privilége général des frais de justice, avant celui de tout créancier dans l'intérêt duquel ces frais ont été faits, à titre de conservation de son gage et de mise à exécution de son droit. La même faveur ne se conteste guère davantage aux frais funéraires de premier ordre (c'est-à-dire aux frais d'ensevelissement); mais on la refuse aux frais de justice ou aux frais funéraires autres que ceux que nous venons de mentionner, comme on la refuse aux créances des gens de service et fournisseurs (et aux frais de dernière maladie). La position de la question nous dispense d'appuyer plus longtemps sur ce premier point.

» La négative nous montre Denisart et Pothier écrivant dans cette idée que le privilége spécial prime, sur le meuble qu'il grève, la créance qui n'invoque qu'un privilége général. Le passage de Denisart emprunté à ses notes sur l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1692, est spécialement relatif au privilége du locateur, et paraît concluant en ce qu'il donne la préférence à ce privilége, même sur certains frais de justice, sur les frais dont le locateur n'a pas profité. »

La conférence a tranché la question en faveur du locateur. Nous avons plaidé devant elle l'opinion contraire, et nous y persistons, surtout pour le privilége des gens de service. Voici nos motifs :

Tout privilége est fondé sur *la qualité* de la créance (art. 2095), c'est-à-dire sur la faveur qu'elle mérite.

La créance des gens de service et même celle des fournis

seurs de subsistances ont dû attirer tout l'intérêt de la loi.

Le domestique loue sa personne, son intelligence, son zèle et son dévouement en même temps que ses bras et son temps. Il fait partie de la maison (*domus*); on pourrait dire qu'il a une quasi-possession des meubles, et, jusqu'à un certain point, il contribue à leur conservation. S'il n'a pas été payé de ses gages, ce sera souvent par délicatesse et déférence pour son maître, dont il voyait la gêne ou dont il ne voulait pas troubler les derniers moments. Sa créance représente le prix du dévouement; elle sera généralement son seul avoir, à lui qui a usé son existence et ses forces. C'est une question d'humanité autant que de justice.

Le locateur n'a prêté que sa chose; elle lui retourne; son travail personnel lui est resté, et il aura généralement d'autres ressources encore.

Le fournisseur d'aliments nous paraît aussi préférable au locateur. Le service qu'il a rendu au débiteur, en le sustentant pendant les six derniers mois de sa vie, est plus grand, plus nécessaire que celui qui résulte de l'usage de la chose du propriétaire. Un misérable peut trouver un ami qui lui offrira la moitié de sa mansarde, mais qui ne pourra point partager avec lui un pain déjà insuffisant.

Enfin le propriétaire est mieux à même de veiller à ses intérêts; il se fera plus régulièrement et plus sévèrement payer.

Ainsi, en cas d'adoption du système intermédiaire qui veut régler l'ordre des priviléges par la faveur de leur cause, on doit décider que les gens de service et les fournisseurs de subsistances priment le locateur. A notre avis, la question de préférence se trouve tranchée par la loi. Nous croyons que les difficultés naissent de ce que chacun veut mettre ses sentiments et son système à la place ou en compagnie de la disposition légale.

L'article 2096 C. civ. porte que *la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges.*

L'article 2100 dit que *les priviléges sont ou généraux ou particuliers sur certains meubles.*

Le Tribunat avait proposé d'ajouter à cet article un paragraphe ainsi conçu ;

« Les priviléges généraux n'ont la préférence sur les meubles affectés à des priviléges particuliers que lorsque les autres meubles sont insuffisants pour les acquitter. »

Cette disposition ne fut pas prise en considération.

L'article 2101 détermine les créances ayant un privilége général sur les meubles; ce sont :

Les frais de justice; les frais funéraires; les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus; les SALAIRES DES GENS DE SERVICE *pour l'année échue, et ce qui est dû sur l'année courante;* LES FOURNITURES DE SUBSISTANCES *faites au débiteur et à sa famille, savoir : pendant les six derniers mois, par les marchands en détail, tels que boulangers, bouchers et autres, et pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros.*

L'article 2102 établit comme créances privilégiées sur certains meubles :

1° *Les loyers et fermages des immeubles sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme..... Le même privilége a lieu pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail.*

Néanmoins, les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire, dans l'un et l'autre cas.

2° *La créance sur le gage dont le créancier est saisi;*

3° *Les frais faits pour la conservation de la chose.*

D'après l'article 2103, les créanciers privilégiés sur les *immeubles* sont :

1° *Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix...*; 2° *ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble...*; 3° *les créanciers sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes ou retours de lots;* 4° *les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques...*, etc.

L'article 2104 dispose que les priviléges généraux sur les meubles le sont aussi sur les immeubles, *à défaut de mobilier*, et l'article 2105 déclare les priviléges de l'article 2101 préférables à ceux de l'article 2103. Ils priment ces derniers. Telle est la loi.

Il nous a paru utile, pour la décision de la question, de rapporter l'ordre et l'ensemble des textes. Il en résulte une première présomption en faveur de notre avis.

Comment s'établit le rang entre les divers priviléges énumérés par la loi? *Par la qualité du privilége* (art. 2096). *Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence* (art. 2097).

Quand la loi se tait sur le rang, ne devons-nous point juger qu'elle n'a point entendu établir de primauté?

Quand elle donne aux priviléges des qualités différentes, n'en faut-il pas conclure qu'elle exprime par là une préférence au profit du privilége dont la qualification est supérieure?

La généralité ne domine-t-elle pas la particularité?

N'est-il pas manifeste et par le nom dont elle les décore, et par la faveur qu'ils méritent, et par la place qu'ils occupent dans l'ordre des dispositions de la loi, que celle-ci a mis les priviléges généraux au-dessus des priviléges particuliers?

Cette préférence ressort encore avec force de l'article 2105. La loi y attribue aux priviléges généraux la primauté sur les priviléges particuliers qui grèvent les immeubles.

Ainsi, le privilége des gens de service ou celui des fournisseurs prime le vendeur sur le prix de l'immeuble vendu, le constructeur sur la chose qu'il a édifiée, créée. Ces derniers droits n'étaient-ils pas plus dignes de faveur que celui du locateur? Le vendeur et le constructeur sont menacés de perdre le prix d'objets qui sont restés en quelque sorte leur propriété, puisqu'ils n'ont pas été payés. Ils sont primés néanmoins, et le locateur ne le serait pas, lui qui, dans tous les cas, sauvegarde sa chose, et dont toute la perte se réduit à une privation momentanée d'usage!

Veut-on une dernière preuve de l'intention du législateur?

Le privilége accordé aux domestiques à gages est refusé aux

journaliers. Ceux-ci, par conséquent, sont moins favorisés par la loi.

Eh bien! elle les préfère encore au propriétaire lorsqu'ils sont en concurrence avec lui. L'article 2102 dispose formellement que les frais de récolte, ce qui comprend incontestablement les salaires des journaliers, seront payés par préférence au propriétaire; *à fortiori*, les gages des gens de service! sous peine d'aboutir à cette conséquence absurde que lors même qu'ils auront fait l'œuvre des journaliers, ils n'auront pas un droit égal, et seront exclus en vertu de ce titre de serviteur que la loi cependant a considéré comme un motif de plus grande faveur. On oppose les marques de préférence prodiguées par la loi au locateur, comme le droit de revendiquer les meubles furtivement déménagés, l'article 662 du Code de procédure, etc.

Nous répondons que c'est là un ordre de choses particulier, complétement étranger à la question du rang des priviléges. Qu'importe, pour la décision de celle-ci, que le locateur ait d'autres moyens d'obtenir payement? On pourrait même y trouver une raison de présumer que la loi a dû lui faire la part moindre dans la matière qui nous occupe.

Quant à l'article 662 du Code de procédure, il dispose que *les frais de poursuite seront prélevés par privilége, avant toute créance autre que celle pour loyers dus au propriétaire.*

Est-ce dans une disposition isolée du Code de procédure que nous devons aller chercher la règle en matière de classification de priviléges?

L'article 662 a dû stipuler pour les cas ordinaires dans lesquels le propriétaire se trouve en face de créanciers non privilégiés. La loi lui permet alors, par l'article 661, de faire statuer préliminairement sur son privilége, et par l'article 662 elle le dégrève des frais de distribution par contribution. Pourquoi? parce que ces frais lui sont inutiles et étrangers; mais il reste soumis à ceux de vente et de réalisation du prix, parce qu'il en profite. La même règle existe pour tous les privilégiés; ils ne sont primés que par les frais de justice nécessaires à l'usage ou à la conservation de leurs droits. C'est justice.

On prétend que le propriétaire a une espèce de posses-

sion, qu'il est dans une situation analogue à celle du gagiste.

Ce nantissement est imaginaire; c'est de la fiction. En outre, dans le contrat de gage, l'objet sortant des mains du débiteur ne peut avoir pour effet de tromper les nouveaux créanciers sur l'avoir du débiteur, comme il arrivera au cas de la prétendue mainmise du propriétaire. C'est là un système arbitraire que la loi ne sanctionne pas, et que même elle dément. En contradiction avec cette possession alléguée au profit du propriétaire, l'article 2102 établit une préférence vis-à-vis de lui au profit d'autres créanciers. La loi du 12 novembre 1808 le fait primer par le privilége du trésor public, pour les contributions directes, et la loi du 6 août 1791 porte que *la régie des douanes aura privilége et préférence à tous créanciers sur les meubles et effets mobiliers des comptables pour leurs débets, et sur ceux des redevables pour les droits, à l'exception des frais de justice et autres priviléges, de ce qui sera dû pour six mois de loyers seulement, et sauf aussi*, etc.

Ne parlons donc pas de mainmise au profit du propriétaire; elle n'existe pas.

Qu'on se reporte maintenant à l'insuccès de la tentative du Tribunat pour faire déclarer que *les priviléges généraux* n'auraient *la préférence sur les meubles affectés à des priviléges particuliers que lorsque les autres meubles seraient insuffisants pour les acquitter.* On reconnaîtra que la volonté du législateur est claire. Il faut s'y soumettre purement et simplement.

Le dernier arrêt que nous connaissions sur la question est celui de la Cour de Rouen (janvier 1851). Il établit la thèse que nous développons.

Cependant, par un arrêt du 20 mars 1849, la Cour de cassation, chambre des requêtes, s'est prononcée en faveur du privilége particulier du locateur. Son arrêt se fonde sur la disposition de l'article 662, dont nous avons déjà parlé, et sur la règle *generi per speciem derogatur*. Nous y lisons :

« Il est de principe que les priviléges spéciaux l'emportent sur les priviléges généraux, par suite de la règle *generi per speciem derogatur.* »

Nous osons à peine dire, et nous pensons cependant, que la

Cour de cassation fait une application erronée de la maxime.

Il n'y a pas dans la question une loi générale et une loi spéciale, mais deux dispositions à côté l'une de l'autre, et qu'il s'agit d'interpréter et de classer.

Au reste, les lois spéciales sont censées se référer aux lois générales, dans les points qu'elles ne règlent pas expressément. (Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 11.)

Dans tous les cas, pour que la disposition postérieure ou spéciale constitue une dérogation, il faut qu'elle soit en contradiction avec la règle générale ou antérieure.

Cette contradiction existe-t-elle entre les articles 2101 et 2102? Nullement; l'une ne détruit pas l'autre en tout ou en partie. Il s'agit seulement de savoir laquelle des deux dispositions s'exécutera la première, quel est leur rang et comme leur numéro d'ordre.

Nous soutenons que le privilége des gens de service et même celui du fournisseur de subsistances doivent primer le privilége du locateur.

ÉMILE JAY.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

JURISPRUDENCE DU XIXe SIÈCLE, ou Table générale alphabétique et chronologique du *Recueil général des lois et arrêts*, de 1791 à 1850; 4 vol. in-4°; par MM. DEVILLENEUVE et GILBERT.

C'est une singulière destinée que celle qui attend, dans le monde judiciaire, les livres du genre de celui-ci. Le monde judiciaire, en effet, se divise encore, en général, en deux parties profondément dissidentes, dont l'une regarde de tels livres avec dédain et comme des œuvres dont le mérite et l'utilité sont bien minces, s'ils ne sont nuls, tandis que l'autre les accueille comme les seules publications désormais utiles, les seules dont l'homme vraiment sérieux et positif, l'homme qui n'a pas de temps à

donner aux rêveries, doive désormais faire un fréquent usage. Aujourd'hui encore, sauf des exceptions qui vont, Dieu merci, en s'élargissant chaque jour (et que le principal but de cette *Revue critique* est d'élargir de plus en plus), on voit partout opposer l'une à l'autre, comme étrangères entre elles, deux choses qui ne peuvent être, au contraire, que les parties intégrantes d'un même tout, la Théorie et la Pratique; et tandis que le soi-disant théoricien, du haut des nuages dans lesquels il vit, regarde comme indigne de l'attention d'un penseur les œuvres purement jurisprudentielles, le prétendu praticien, fier de son habileté routinière, place au premier rang ces livres que l'autre dédaigne. Pour lui, ces livres sont tout ou presque tout; aux yeux du premier, ils ne sont rien ou presque rien.

Or il y là, des deux côtés, une grave et funeste erreur; en sorte que les publications du genre de celle que nous signalons ont ceci d'étrange que la généralité des hommes auxquels elles s'adressent n'en comprennent pas même le caractère, la nature, le but.

Une telle publication n'est pas précisément un livre, c'est un instrument; ce n'est pas proprement une œuvre d'auteur, une composition, c'est l'outil nécessaire à quiconque veut composer; ce n'est pas une construction, ni petite ni grande, c'est l'assemblage des matériaux indispensables pour construire, soit en grand, soit en petit.

Le praticien qui néglige les livres de saine théorie et croit tout avoir dans une compilation intelligente, c'est l'homme qui s'imaginerait que l'édifice existe dès là que les pierres brutes sont extraites de la carrière et amoncelées dans le chantier; le théoricien qui croit cette compilation inutile et s'obstine à ne pas sortir de ses idées spéculatives, c'est celui qui vous offrirait pour tout logement le dessin sur papier d'un magnifique hôtel : si les matériaux ne sont pas encore l'édifice, son plan ne l'est pas davantage. Vous aurez beau réunir palettes, pinceaux, toiles et couleurs, si, praticien routinier, vous vous servez de ces outils et matériaux sans connaître les règles de l'art, vous n'aurez jamais le tableau, vous n'arriverez qu'à un barbouillage informe; mais si belles que soient, théoricien idéal, vos conceptions et

contemplations, si vous ne prenez pas les outils, si vous ne touchez pas aux matériaux, si vous ne descendez pas dans le monde matériel, le tableau n'existera pas non plus. La Théorie et la Pratique sont les deux éléments constitutifs de l'appareil générateur; c'est seulement quand elles s'unissent qu'un produit viable et normal peut naître.

C'est donc une publication qui, sans pouvoir être suffisante par elle seule pour personne, sera pour tous d'une haute utilité que celle de MM. Devilleneuve et Gilbert. Quel que soit l'édifice à élever, vaste palais ou modeste chaumière, depuis l'œuvre de longue haleine que l'écrivain élabore pendant bien des années, jusqu'à cette consultation, cette plaidoirie ou ce jugement dont la rédaction ou la préparation ne demande que quelques heures au magistrat ou à l'avocat, la construction solide et régulière ne s'en fera jamais sans recourir à ce dépôt des matériaux nécessaires, des instrumeuts indispensables.

Sous le titre fort exact, mais trop modeste et insuffisant, de *Table générale du Recueil des arrêts*, ce livre contient, avec le résumé de tous les arrêts importants rendus depuis soixante années, l'analyse sommaire de la doctrine des auteurs. Dire quelle patience, quelle sagacité, quel labeur infatigable, quelle habitude de ce genre de travail il a fallu réunir pour l'appréciation exacte et le classement logique de documents qui se comptent par centaines de mille et qui viennent se grouper ainsi par ordre alphabétique dans une espèce de dictionnaire réduit à quatre volumes; dire l'immense avantage, pour l'homme laborieux dont le temps est si cher, de pouvoir trouver ainsi, à l'instant même, sous tel mot donné, toutes les indications éparses dans quatre-vingts ou cent volumes de jurisprudence et de doctrine, ce serait chose superflue : les difficultés, le mérite et l'utilité d'une telle publication se comprennent d'elles-mêmes.

Des quatre volumes qui formeront ce dictionnaire jurisprudentiel et doctrinal (et qui paraîtront de six en six mois), la moitié du premier est entre nos mains, et nous devons dire qu'elle est généralement exécutée d'une manière satisfaisante, autant qu'on peut juger d'un travail aussi compliqué par un

premier examen. Nous y avons passé en revue un grand nombre de mots, et nous n'avons remarqué que peu de points qui n'aient pas répondu complétement à ce que nous attendions.

Nous en citerons deux exemples.

Le n° 62 du mot *Conseil de famille* cite MM. Toullier, Delvincourt, Magnin, Valette et Demolombe comme étant d'accord sur la proposition dont il s'agit, tandis que ces auteurs (et trois autres qui ne sont pas cités, Zachariæ, Taulier et nous-même) sont à cet égard si loin de professer ainsi la même doctrine, qu'ils présentent, au contraire, quatre systèmes différents qui ont été signalés et discutés par M. Demolombe (*loc. cit.*) comme par nous (art. 410). Ailleurs, les n°s 224 et 225 du mot *Chose jugée* ne citent, sur la question fort importante dont il s'agit là, qu'un seul auteur, M. Valette, comme opposé à la fausse doctrine de Merlin et de Proudhon, et ils n'indiquent aussi qu'un seul arrêt (Rej., 28 août 1849) comme jugeant la question ; or quatre autres auteurs, M. Duranton (XIII-507), M. Bonnier (*Preuves*, n° 695), M. Zachariæ (V, p. 770) et nous-même (art. 1351, n° 12), professent aussi la doctrine de M. Valette, et de nombreux arrêts, d'autre part, ont jugé la question : Cass., 12 fruct. an IX; Rej., 16 juin 1811; Cassat., 21 août 1826; Rej., 22 mars 1831; Paris, 2 février 1832; Rej., 26 mars 1841 (Dev., 31, 1, 350; 32, 2, 301; 41, 1, 749).

Heureusement cette dernière inexactitude, qui présente une assez grande gravité, tant par la double omission des auteurs et des arrêts eux-mêmes, que par la haute importance de la question et la profonde controverse qu'elle a soulevée, sera facile à réparer plus loin, puisque cette même question, comme toutes celles qui touchent à l'identité des parties, reviendront au mot *Tierce opposition*. On pourra remédier sous ce mot à quelques omissions regrettables, en mettant à profit les travaux d'écrivains récents sur l'importante matière de la chose jugée. Toullier, qui fait presque seul ici tous les frais de la doctrine, écrivait il y a quarante ans; or, depuis quarante ans, la doctrine a marché, elle marche chaque jour; et quiconque voudra lire seulement le sommaire de notre article 1351, verra combien, même en 1848, nous trouvions encore ici de profondes inexac-

titudes, non pas seulement chez Toullier, mais chez des auteurs beaucoup plus nouveaux. C'est ainsi que M. Bonnier lui-même, chez qui les réfutations de Toullier sont tellement nombreuses qu'il a écrit une note pour s'excuser de le critiquer si souvent (p. 555), enseignait encore, notamment pour *la cause* (confondue tantôt avec *les moyens*, tantôt avec *l'objet*), les idées les plus inexactes.

Au surplus, s'il y a ainsi quelques parties peu exactes ou insuffisantes dans cette livraison, d'autres rachètent ce défaut et dénotent la sérieuse volonté de faire un travail aussi complet que possible. C'est ainsi qu'un ouvrage trop peu connu encore, trop peu apprécié, et dont le monde judiciaire ne soupçonne guère tout le mérite, l'excellent *Traité des servitudes d'utilité publique* de M. Jousselin, reçoit ici plusieurs citations aux mots *Bois*, n° 158, *Carrières*, n° 7, *Chemin de fer*, n°s 24 et 45, *Chemin de halage*, n°s 3, 6, 7, 8, 14 et 60, *Chemin public*, n°s 21 et 29 (citations que nous regrettons de ne pas trouver aussi aux mots *Alignement*, *Bans de vendanges*, *Canal* et quelques autres). D'ailleurs, et à part même la certitude, que nous donne le zèle bien connu de MM. Devilleneuve et Gilbert, de ne pas voir le défaut ci-dessus se continuer dans les livraisons suivantes, celle-ci suffirait déjà, ne fût-ce, en droit civil, que par les mots *Absence*, *Adoption*, *Communauté conjugale* et *Contrat de mariage*, pour permettre de dire dès à présent que ce livre sera vraiment une œuvre remarquable, consciencieuse et d'une incontestable utilité.

V. MARCADÉ.

De l'hypothèque légale des femmes mariées sous le régime dotal, pour le prix de leurs immeubles dotaux aliénés pendant le mariage; par M. Berthon.

L'auteur de cette monographie a divisé son travail en deux parties. Dans la première, il établit à l'aide du droit romain, de notre ancienne jurisprudence, des travaux préparatoires du Code civil et du texte de ce Code : 1° que la femme est créancière de son mari, à raison de l'aliénation de l'immeuble dotal; 2° qu'elle a une hypothèque sur les biens de son mari pour l'aliénation faite indûment de cet immeuble; 3° que les objections qu'on fait

contre l'exercice du droit hypothécaire de la femme ne sont fondées ni en droit ni en équité. Cette partie, la plus remarquable à tous égards, est brillante d'érudition et pleine de logique. Il est seulement à regretter que M. Berthon ne l'ait pas traitée avec plus de concision, et qu'à la place du § 3, dans lequel l'auteur revient sur des idées déjà émises au § 2, il n'ait pas exposé l'état de la jurisprudence actuelle et l'opinion des auteurs modernes sur la question. C'eût été, ce semble, un utile complément des notions historiques qui précèdent.

La seconde partie de l'œuvre de M. Berthon traite du rang que doit occuper l'hypothèque légale de la femme, suivant la nature de son action et suivant les stipulations du contrat de mariage. Ici l'auteur n'hésite pas à contredire des opinions reçues jusqu'à ce jour. Ainsi, par exemple, il enseigne que lorsque la femme a ratifié la vente de l'immeuble dotal, elle doit être colloquée sur les biens de son mari, non pas à la date du contrat de mariage, mais seulement à la date de l'aliénation. Or le 2° de l'article 2135 attribue formellement à la femme hypothèque, *à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales*, à compter du jour du mariage; et cet article ne fait aucune distinction entre le cas où la femme a ratifié l'aliénation du bien dotal et le cas contraire. On doit en conséquence, dans les deux cas, faire remonter l'hypothèque au jour du mariage, et c'est en effet ce que décide la jurisprudence (Req., 27 juill. 1826). En vain M. Berthon invoque la disposition de l'article 2135, qui règle le rang de l'hypothèque légale de la femme pour le remploi de ses *propres* aliénés; car les *propres* s'entendent exclusivement des biens des époux, qui, sous le régime de communauté, ne font pas partie de la communauté, et nullement des biens dotaux sous le régime dotal.

En dernière analyse, la brochure que j'ai sous les yeux témoigne en faveur de l'érudition de son auteur. Les questions y sont nettement posées, et la manière dont elles sont traitées indique à chaque instant le cri d'une conscience honnête qui ne suit pas servilement les routes battues, alors qu'elles lui paraissent mauvaises.

DOMENGET,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de septembre 1851.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. *Communauté; donation; concours de la femme; récompense; rente viagère.* — Le mari peut-il, avec le concours de la femme, disposer entre-vifs à titre gratuit d'un immeuble de la communauté?
2. La donation entre-vifs faite conjointement par les deux époux d'un immeuble de la communauté, constitue-t-elle par elle-même un fait qui les oblige à récompense envers la communauté?
3. *Quid* lorsque la donation a été faite à charge de rente viagère au profit des deux époux, réversible sur la tête du survivant?
4. *Partage; soulte; communauté.* — La soulte que reçoit un époux dans une succession immobilière à laquelle il est appelé est-elle propre à cet époux, ou constitue-t-elle une valeur de communauté : 1° lorsque le partage a eu lieu avant le mariage?
5... 2° Lorsque le partage s'effectue pendant le mariage?
6... 3° Lorsque la succession partagée pendant le mariage est à la fois mobilière et immobilière?
7. *Transaction; enregistrement.* — La transaction par laquelle l'acquéreur d'un immeuble se désiste du pourvoi qu'il avait formé contre un arrêt qui le condamnait à rétrocéder cet immeuble, et consent l'exécution pure et simple de l'arrêt moyennant une somme que le vendeur consent à lui payer, est-elle soumise au droit des mutations immobilières sur cette somme considérée comme prix de la rétrocession, ou seulement au droit d'obligation de somme?

1. — (Rej. 29 avril 1851 : *Devill.*, 51, 1, 330; *J. P.*, 1851, 2, 483.) — La Cour de cassation a émis, à l'occasion de l'article 1422, une théorie qui trouve jusqu'à un certain point une conséquence dans l'arrêt du 29 avril 1851, que nous nous proposons d'apprécier ici. L'article 1422 dit expressément que le mari ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté. On s'est demandé, surtout dans ces derniers temps, si ce qui est interdit formellement au mari par cet article, le mari ne pourrait pas le faire avec le concours de la femme. Nous croyons fermement qu'il ne le pourrait pas même avec ce concours, et

par conséquent que la donation d'un immeuble de communauté serait radicalement nulle, alors même qu'elle serait faite par le mari et par la femme conjointement. C'est ce que nous avons soutenu dans le *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 662. Le législateur, avons-nous dit, s'est évidemment proposé de protéger l'intérêt de la femme, en interdisant au mari le droit de disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté. Or ce serait bien mal protéger cet intérêt que de considérer le concours de la femme à un acte que le mari n'aurait pu consentir seul, comme un fait susceptible d'habiliter ce dernier. Placée sous la dépendance de son mari, la femme qui intervient à l'acte n'agit le plus souvent que sous cette influence; et elle se déterminera d'autant moins à refuser son consentement, qu'en définitive le mari pourrait la punir de sa résistance en exerçant jusqu'à l'abus ces pouvoirs si étendus qu'il trouve dans son droit d'administration. Dans cette situation, on le comprend bien, maintenir la prohibition de la loi nonobstant le concours de la femme à la donation, c'est protéger la femme contre sa propre faiblesse; c'est, par conséquent, seconder la pensée intime du législateur. — De plus, c'est se mettre d'accord avec la lettre; car ce concours de la femme à une donation qui sans cela tomberait sous la prohibition formelle de l'article 1422, offre un nouveau motif de considérer la donation comme entachée de nullité. La femme n'ayant pas, pendant la durée de la communauté, le droit de disposer des biens appartenant au fonds commun, ces biens ne peuvent être de sa part l'objet d'une donation entre-vifs dont l'effet essentiel consiste, d'après l'article 894 du Code civil, à transmettre actuellement et irrévocablement au donataire une chose appartenant au donateur. Ajoutons d'ailleurs qu'aux termes de l'article 1453, la femme ne peut, avant la dissolution de la communauté, aliéner la faculté que la loi lui accorde ainsi qu'à ses héritiers, d'accepter cette communauté ou d'y renoncer; d'où suit qu'il dépendrait de sa volonté de rendre la donation sans effet, au moyen d'une renonciation, ce qui suffirait pour entraîner la nullité de cette donation dès son origine, conformément à l'article 944 (arrêts de Bourges, du 10 août 1840, et de Caen, du 3 mars 1843). Donc si la donation est, par rapport

au mari, contraire à l'article 1422; si, par rapport à la femme, elle est contraire aux articles 1453 et 944, elle ne saurait être validée lorsqu'elle procède de l'un et de l'autre stipulant conjointement.

Telle est la doctrine que nous avons émise, et à l'appui de laquelle nous pouvons invoquer, outre les arrêts qui viennent d'être cités, l'opinion de MM. Odier, t. I, n° 225; Devilleneuve, 44, 2, 386; Georges Delisle, *ibid.*, et Marcadé, art. 1422, n° 2.

Nous devons le dire cependant, cette opinion ne semble pas prévaloir. En doctrine, elle est contredite par MM. Duranton, t. XIV, n° 272; Zachariæ, t. III, p. 437, et Troplong, *Comm. sur le contr. de mariage*, t. II, n° 903. Et en jurisprudence, elle est formellement rejetée d'abord par trois arrêts de Cours d'appel (Riom, 5 janv. 1844; Amiens, 15 févr. 1849; Paris, 23 juin 1849), et ensuite par un arrêt récent de la Cour de cassation (Rej. 5 févr. 1850 : D. P., 50, 1, 000; Devill. et Car., 50, 1, 337; *J. P.*, 50, 1, 385).

Quelque puissantes que soient ces autorités, nous ne pouvons que maintenir ici une opinion qui s'appuie sur des considérations auxquelles les auteurs, pas plus que les arrêts cités, ne nous paraissent avoir victorieusement répondu.

2. Nous n'insisterons pas cependant, parce que l'arrêt sur lequel nous appelons aujourd'hui l'attention du lecteur, sans s'arrêter précisément à ce point de droit, semble en déduire comme une conséquence qui mérite aussi un sérieux examen.

On suppose que, pendant le cours de la communauté, la donation d'un immeuble ait été faite par les deux époux conjointement. La société conjugale finit : il faut régler les intérêts de la communauté dissoute. Le mari et sa femme ou leurs héritiers lui devront-ils récompense de ce qui en a été retiré par les époux en vue de la donation qu'ils ont faite? C'est l'une des questions que la Cour de cassation avait à résoudre dans ses arrêts du 29 avril 1851. Conséquente avec sa théorie sur la validité de la donation faite par les époux conjointement, théorie qu'elle rappelle d'ailleurs, et qu'elle reproduit dans son nouvel arrêt, la Cour ajoute en substance que dans le système de la loi, consacré par l'article 1437, les époux sont assujettis aux rapports ou aux

récompenses envers la communauté pour les choses utiles que chacun d'eux en a retirées personnellement, mais non pour celles qui ont été données par les deux conjoints à un tiers étranger, dans un intérêt qui leur est commun et dont ils n'ont tiré aucun profit personnel.

Consulté sur ce point, dans l'espèce même sur laquelle la Cour de cassation a eu à statuer, quand la cause était en appel devant la Cour de Limoges, nous avons émis une opinion absolument contraire. Qu'il nous soit permis de rappeler, en les résumant, les considérations sur lesquelles nous nous sommes fondé.

En principe, il y aurait quelque chose de trop absolu à dire que les récompenses dues par les époux à la communauté ont pour base les bénéfices ou les profits personnels qu'ils ont retirés du fonds commun. Qu'est le rapport, et que sont les récompenses? Ce sont évidemment des opérations préalables au partage de la communauté. Ils ont donc essentiellement pour objet de rétablir la communauté dans sa consistance véritable. Or entre cette idée que les récompenses révèlent, et le bénéfice plus ou moins grand que les époux ont pu retirer des avances à eux faites par la communauté, il n'y a pas corrélation nécessaire. Aussi voit-on que l'article 1437, se référant par des formules générales à divers cas particuliers dans lesquels il y a lieu à récompense en faveur de la communauté, pose en principe que l'époux doit indemniser la communauté toutes les fois qu'il y a pris une somme pour la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels. L'indemniser de quoi? Est-ce de tout ce que la somme employée aura procuré de plus-value? Non : c'est de la *somme même* fournie par la communauté : le législateur s'en explique catégoriquement dans le cas prévu par l'article 1408. En sens inverse, supposez la perte d'un propre de l'un des époux, après des dépenses nécessaires payées par la communauté, l'époux privé de son bien propre est-il quitte pour cela de la récompense qu'il doit à la communauté? En aucune manière, car pas une disposition n'affranchit de l'obligation d'indemniser la communauté dans le cas où l'opération à laquelle les fonds communs ont servi a été absolument désavantageuse (*V.* Pothier, *De la comm.*,

n° 635). Ce n'est donc ni l'emploi des avances faites par la communauté, ni l'avantage plus ou moins grand résultant de cet emploi qui servent de base aux récompenses dont les époux sont débiteurs; c'est uniquement, sauf de rares exceptions, la dépense même faite par la communauté.

Ainsi, dans le cas d'une donation faite aux dépens de la communauté par les deux époux conjointement, quand bien même il serait vrai de dire, en fait, que la valeur n'a pas été employée au profit personnel de l'époux (ce qui n'est pas exact d'ailleurs, puisqu'en donnant des biens communs les époux ont épargné leurs biens propres), il ne s'ensuivrait pas, en droit, que récompense ne fût pas due à la communauté. En définitive, pour satisfaire à leurs affections personnelles, ils ont demandé à la communauté une portion de son actif. Cela suffit : l'emprunt qui a été fait entraîne avec lui la nécessité d'une récompense; et cette nécessité, qui est absolue, subsiste, alors même que les valeurs empruntées à la communauté ont eu pour objet l'acquit d'une libéralité.

C'est bien dans cet esprit que la loi est conçue. En faut-il une preuve? Elle est dans les dispositions relatives aux constitutions dotales. Le législateur dit à l'article 1469 : « Chaque époux, ou leurs héritiers, rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. »

Dira-t-on que la constitution dotale implique l'acquittement d'une dette, et que le rapport exigé ici de l'époux qui constitue la dot aux dépens de la communauté, est fondé sur la libération que cet époux se procure? La tradition, d'abord, s'élève contre cette objection. L'article 1469 contient une disposition qui n'est pas nouvelle dans la législation : on en trouve le principe dans les pratiques de l'ancienne jurisprudence. « Lorsqu'un homme, dit Pothier, *De la comm.*, n° 641, a, durant la communauté, doté des biens de la communauté un enfant qu'il a eu d'un précédent mariage, il n'est pas douteux qu'il doit récompense à la communauté du montant de cette dot. » Voilà bien la règle que l'article 1469 du Code civil a reproduite, et la voilà exprimée

comme un principe certain du droit coutumier. Eh bien! pourquoi la récompense était-elle due dans ce cas? Est-ce en raison de la libération que l'époux se serait procurée aux dépens de la communauté? Non! Pothier le dit encore : c'est parce que l'époux « *ne peut s'avantager ni les siens aux dépens de la communauté.* »

C'est aussi le seul motif que l'on puisse invoquer encore aujourd'hui. La loi ne reconnaît pas, en effet, l'obligation de doter. Si cette obligation existe dans le for intérieur, si les parents trouvent en eux une sollicitude toujours prête à tous les sacrifices nécessaires pour l'établissement convenable de leurs enfants, toujours est-il que la loi moderne a consacré le principe des pays coutumiers : « *Ne dote qui ne veut* » (C. civ., art. 204). Or s'il n'y a pas obligation *civile* de doter, constituer une dot, dans la pensée de la loi, c'est donner et non acquitter une dette. D'où suit que l'article 1469, en exigeant le rapport dans le cas d'une dot constituée par les époux aux dépens de la communauté, reste, dans la loi, comme une manifestation de l'idée que, les emprunts faits par les époux à la communauté, même en vue d'une libéralité, comportent la nécessité d'une récompense, aussi bien que les emprunts faits par les époux dans leur intérêt direct, personnel, exclusif.

Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a, entre les constitutions dotales et les donations faites aux étrangers, en ce qui concerne la nécessité du rapport lorsque l'acte est fait aux dépens de la communauté, cette différence que le rapport est formellement prescrit par la loi eu égard aux dots constituées, tandis que la loi est muette relativement aux donations faites à des étrangers. Mais la différence s'explique d'elle-même : les constitutions dotales sont toujours permises, tandis que la donation d'un immeuble de communauté à des étrangers est formellement prohibée par l'article 1422 du Code civil. Le législateur n'a donc pas dû supposer la contravention à une disposition expressément prohibitive, ni par conséquent prescrire le rapport dans ce cas.

Le principe n'en subsiste pas moins dans toute sa force : rien ne peut être retiré par les époux de la communauté, qui n'y doive être rétabli lorsqu'il s'agit de procéder au partage. C'est là

une règle de droit commun; car les membres d'une société ne sauraient jamais employer à leurs affaires, à leurs plaisirs, à leur satisfaction personnelle, les biens de la société, sans être tenus de rapporter ce qu'ils en auraient momentanément retiré. Mais c'est surtout une règle spéciale pour les communautés conjugales. La loi y suppose l'existence de trois patrimoines distincts, qui, tous réunis sous la main du même administrateur, le mari, seraient trop aisément modifiés dans leur consistance respective si le système des récompenses ou des rapports n'était appliqué de manière à corriger les empiétements.

Peut-on dire que dans le cas proposé, il n'y a pas d'empiétement à corriger, puisque, si les biens donnés par les époux conjointement sortent de la communauté, ils n'entrent en définitive ni dans le patrimoine de la femme, ni dans celui du mari [1]? Nous répondons qu'en fait cette appréciation manquera souvent d'exactitude.

Prenons une hypothèse. Nous supposons une société conjugale dont le fonds commun consiste en immeubles d'une valeur de 20,000 fr. et en un mobilier de 5,000 fr. Les deux époux stipulant conjointement, ont donné les immeubles qui ainsi sont sortis de la communauté sans entrer dans le patrimoine d'aucun d'eux. Survient la dissolution par la mort du mari, comme dans l'espèce jugée par la Cour de cassation ; la femme survivante accepte la communauté : elle a une reprise de 15,000 fr. à exercer.

Quel va être le résultat de la liquidation? Si le rapport des immeubles donnés ou de leur valeur représentative est fait, le fonds commun sera reconstitué au moyen de 10,000 fr. que chacun des époux ou leurs héritiers y devront rapporter; et la femme prélevant ses 15,000 fr. de reprises, il restera dans la communauté, avec les valeurs mobilières qui n'en sont pas sorties, un fonds commun de 10,000 fr., dont moitié pour les héritiers du mari et moitié pour la femme survivante.

Au contraire, si le rapport n'est pas fait, la femme ne trouvant dans la communauté que les valeurs mobilières, soit 5,000 fr., les prendra d'abord à compte de ses reprises, qu'elle

[1] *V.* l'annotation qui accompagne les arrêts du 29 avril 1851, dans le *Journal du Palais*, 1851, 2, 488.

complétera ensuite sur les biens personnels de son mari (1472).

Ainsi, en fait, il suffira, dans cette dernière hypothèse, qu'une valeur soit sortie de la communauté sans entrer dans le patrimoine du mari pas plus que dans celui de la femme, pour que la position de celle-ci, dans la liquidation, en soit considérablement améliorée aux dépens du mari. C'est là un résultat qui nous paraît absolument contraire au principe des récompenses qui, imaginées en vue d'assurer l'équité des partages, n'atteindraient qu'à demi le but de la loi si elles ne servaient à retirer de l'un des trois patrimoines dont toute communauté suppose l'existence, que les valeurs étrangères qui y seraient entrées d'une manière directe.

Et voilà pourquoi nous pensons que dès qu'une chose sort de la communauté, c'est une nécessité que cette chose, quel qu'en ait été l'emploi, y soit replacée sinon par la remise effective, au moins par le rapport d'une valeur représentative. Voilà aussi pourquoi, dans le cas d'une donation immobilière faite par les deux époux conjointement, à supposer qu'une telle donation puisse être valablement faite, nous pensons que chacun des donateurs doit rapporter sa part dans l'immeuble donné.

3. L'arrêt précité du 29 avril 1851 ne va pas jusque-là. Mais un second arrêt, rendu le même jour dans la même affaire, décide que lorsque la donation faite par les deux époux conjointement est onéreuse, par exemple lorsque les époux ont donné à la charge d'une rente viagère réversible sur la tête du survivant, celui-ci, spécialement la femme, tirant de cette disposition un profit personnel, en doit une récompense que les juges peuvent arbitrer à la moitié du capital de la rente viagère. Le principe une fois admis qu'une rente viagère créée avec des valeurs de la communauté est une chose appartenant à la communauté, le rapport des arrérages perçus par l'époux survivant, en sus de sa moitié et de la moitié du capital de la rente, est une nécessité qui découle des principes de la loi sur la communauté. M. Troplong enseigne cependant, dans son *Commentaire du contrat de mariage*, n° 1200, et dans son *Commentaire des contrats aléatoires*, n° 254, que lorsqu'une rente viagère est créée par les époux avec des valeurs de la communauté, à la

condition qu'elle se continuera sur la tête du survivant, celui-ci n'est tenu à aucune récompense à raison des arrérages que la condition de réversibilité lui procure en sus de sa part. Le savant magistrat se fonde sur ce que, en stipulant la réversibilité, les époux ont stipulé que la rente ne serait pas partagée, et ont établi un pacte aléatoire en présence duquel on ne peut pas dire que celui qui en profite s'est enrichi aux dépens de la communauté. — La Cour de cassation, on le voit, n'admet pas cette doctrine; et avec raison, ce nous semble.

Disons d'abord que dans toute rente constituée sur la tête de deux époux moyennant un objet de leur communauté, deux intérêts doivent être distinctement envisagés, lorsque la vie de l'un des créanciers vient à s'éteindre : l'intérêt du débiteur de la rente et l'intérêt du créancier survivant. La rente a-t-elle dû s'éteindre pour moitié, ou bien a-t-elle dû subsister pour le tout? C'est la question qui s'élève aussitôt. En principe, la rente subsiste pour le tout. Pourtant cela a été contesté (*V.* M. Duranton, t. XVIII, n° 134) : c'est pour couper court à toute controverse qu'on exprime ordinairement, dans le contrat de constitution, que la rente ne sera pas réduite par le prédécès de l'un des créanciers. La condition de réversibilité n'a pas d'autre objet que celui-là; M. Troplong paraît l'indiquer lui-même dans son *Commentaire des contrats aléatoires*, n° 246 : cette condition stipulée entre deux époux qui ont constitué une rente avec des valeurs prises dans leur communauté, n'implique donc pas nécessairement l'idée que la rente ne devra pas, comme tous les autres biens de communauté, faire l'objet d'un partage à la dissolution de la société conjugale.

La nécessité de ce partage n'est pas exclue davantage par ce qu'il y a d'aléatoire dans la convention. Il est incertain, par la convention, si la rente reposera pour le tout sur la tête du mari ou sur celle de la femme; mais cette incertitude écartée par l'événement du décès de l'un ou de l'autre, restent les obligations du survivant relativement à la rente, et ces obligations sont réglées par les principes sur la communauté. Or le moins contestable de ces principes étant qu'aucun des deux époux ne peut retirer un profit personnel des biens de la communauté sans en

devoir récompense (art. 1437), il est évident que celui qui survit ne peut s'attribuer pour le tout une rente dont la communauté a fourni le prix.

Ainsi en ont pensé les anciens auteurs. « Si le mari, dit Lebrun, a donné à fonds perdu une somme ou un conquêt qu'il a tiré de la communauté, moyennant une rente viagère payable aux deux conjoints, et après le décès de l'un d'eux, au survivant, la même opération aura lieu à proportion; et parce que le fonds n'est particulier à aucun des conjoints, mais est de la communauté, le survivant rendra aux héritiers du prédécédé la moitié des revenus de chaque année, à compter depuis le décès du prédécédé. (*V.* liv. 1, ch. 5, dist. 2, n° 17. *V.* aussi Pothier, *Const. de rente*, n° 242; Bourjon, *Dr. comm.*, tit. 8, ch. 2, sect. 4, n°s 13 et suiv.)

C'est aussi en ce sens que se prononce la jurisprudence moderne. Il a été décidé, en effet, que la clause par laquelle il est dit que la jouissance d'une rente viagère acquise par deux époux, pendant la communauté, appartiendra au survivant des deux, ne fait pas obstacle à ce que la rente soit partagée à la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux, entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé. (Paris, 19 déc. 1819, *V.* l'arrêt à sa date, collect. Devill. et Car. : Rennes, 16 juin 1841, Dalloz, 42, 2, 103 : Orléans, 28 déc. 1843, *J. P.*, 1844, 1, 433.)

L'arrêt rendu le 29 avril 1851, par la Cour de cassation, consacre la même doctrine; seulement, sanctionnant un autre mode pour la détermination du montant de la récompense, il admet que les juges ont pu considérer la rente comme constituée au taux de 10 pour 100, et ordonner que la récompense serait de la moitié du capital fixé d'après ces bases. Ce mode peut être admis sans doute; toutefois, nous pensons que la récompense ainsi calculée est due aux héritiers de l'époux prédécédé. Si elle était payée à la communauté, il s'ensuivrait que l'époux survivant y venant prendre sa part, aurait en définitive les trois quarts sur cette valeur, tandis que les héritiers de l'époux prédécédé auraient un quart seulement. L'arrêt ne s'explique pas là-dessus; mais le principe du partage égal dans tous les cas où le contrat

de mariage n'en a pas disposé autrement, suffit à combler la lacune.

4. — (REQ. 11 DÉC. 1850; *Dalloz*, 51, 1, 287.) — La même nécessité d'assurer l'égalité du partage, en maintenant dans leur consistance respective les trois patrimoines distincts dont le régime de la communauté suppose l'existence, doit faire attacher une grande importance à déterminer le caractère des soultes que les époux peuvent recevoir dans les successions auxquelles ils ont été appelés. Ces soultes constituent-elles des propres ou des conquêts de communauté? L'arrêt du 11 décembre 1850 est remarquable en ce qu'il embrasse, dans ses motifs, les diverses distinctions auxquelles il faut nécessairement recourir pour la solution exacte de la question. Cet arrêt décide que lorsque dans le partage d'une succession échue, sous le régime de la communauté, à l'un des époux, une somme d'argent prise en dehors de l'hérédité est attribuée à cet époux, pour lui tenir lieu de sa part dans les immeubles héréditaires, cette somme constitue un propre, comme l'eussent été les immeubles eux-mêmes, et le montant doit dès lors en être prélevé au profit de l'époux, à la dissolution de la communauté.

S'agit-il d'une succession ouverte et partagée avant le mariage, la solution ne serait pas admissible. A la vérité, sous l'ancienne jurisprudence, Lebrun, *De la comm.*, liv. I, ch. 5, sect. 1, dist. 1, n° 21, soutenait que la créance d'une somme due à l'un des conjoints *lors de son mariage*, pour le retour d'un partage d'immeubles qu'il avait fait avec ses cohéritiers avant son mariage, n'entrait pas dans la communauté. Il se guidait sur ce qui avait lieu à l'égard du passif de la communauté, relativement auquel on s'attachait quelquefois à la cause d'où procédait la dette, pour savoir si la communauté en devait être chargée. Mais l'opinion générale était qu'on ne pouvait tirer aucune conséquence, pour l'actif de la communauté, de ce qui avait lieu pour le passif. (*V.* Pothier, *Comm.*, n° 77, et l'annotateur de Lebrun, *loc. cit.*) Ceci n'est plus douteux aujourd'hui; car, d'une part, l'article 1401 C. civ. fait tomber dans la communauté toutes les créances, sans distinction ni réserve, et sans qu'il y ait lieu, par conséquent, d'en rechercher la cause, tandis que, d'une

autre part, l'article 1409 C. civ. ne fait tomber les dettes mobilières dans le passif que sous la réserve d'une récompense pour celles relatives aux immeubles propres des époux. Il serait donc vrai de dire aujourd'hui comme Renusson, sous l'ancien droit : « Au temps que le mariage a été contracté, le conjoint auquel la soulte était due n'avait plus de part dans l'immeuble échu à son cohéritier et copartageant; après la dissolution de la communauté, il ne lui en est dû aucun remploi ni récompense. » (*De la comm.*, part. 1, ch. 3, n° 15. — *V.* aussi notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 330, et les notes de M. Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*)

5. Ainsi, la solution consacrée par l'arrêt du 11 décembre 1850 ne devrait pas être admise en tant qu'elle s'appliquerait à la soulte ou retour de partage d'une succession purement immobilière échue à l'un des époux, et partagée avant le mariage. Mais précisément l'arrêt ne statue pas dans ce cas : on voit par ses motifs qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une succession *encore indivise* au moment où l'un des ayants droit s'était marié. La question était donc de savoir si la soulte procurait un propre à cet époux alors que le partage s'était effectué pendant la durée de la communauté.

Bourjon, dans l'ancien droit, semblait s'être prononcé pour la négative; car il soutenait d'une manière générale que le partage ayant un effet rétroactif, l'époux héritier était censé avoir succédé directement aux seuls immeubles échus dans son lot et au retour en deniers dont ses cohéritiers étaient chargés envers lui; et que ce retour en deniers étant en soi un effet mobilier et ne pouvant lui tenir lieu d'aucuns immeubles, devait tomber dans la communauté. (*Dr. comm.*, tit. 10, part. 2, ch. 3, n° 7.)

Toutefois, appliquée au partage d'une succession exclusivement immobilière échue et partagée durant la communauté, cette doctrine était généralement repoussée. Pothier, résumant l'opinion à peu près unanime des auteurs, disait : « Le retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que le conjoint a succédé. On ne peut pas dire que ce soit un effet de la succession, puisque la succession était toute immobilière, et que ce n'est pas dans la bourse de la succes-

sion, mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est chargé, que doit se prendre ce retour. Ce retour en deniers dont son cohéritier est chargé envers lui par le partage, doit donc passer pour une créance contre son cohéritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et son droit à une succession immobilière. Cette créance lui est provenue, durant le mariage, du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier : elle doit donc, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la communauté. » (*De la comm.*, n° 100. *V.* aussi les annotateurs de Bourjon, *loc. cit.;* Renusson, part. 1, ch. 3, n° 16; Lebrun, liv. I, ch. 5, sect. 1, dist. 1, n° 11.)

Ces considérations sont décisives encore aujourd'hui; c'est par elles, en effet, que la Cour de cassation s'est déterminée : car elle exprime, dans son arrêt du 11 décembre 1850, que la fiction de l'article 883 C. civ. ne s'applique point aux soultes fournies à l'un des copartageants, ces valeurs ne dépendant pas de l'hérédité, pour compenser l'inégalité de son lot; et que ces valeurs participant, entre les mains de l'héritier auquel elles sont attribuées, de la nature des biens dont elles forment la représentation ou le prix, et se trouvant ainsi substituées, durant le mariage, à des immeubles échus par succession, c'est-à-dire à des objets que leur nature et leur origine excluent de la communauté, il s'ensuit qu'elles donnent lieu, lors de la liquidation de la communauté, à un prélèvement de la part de l'époux en faveur duquel la succession s'est ouverte. — Tel est l'avis que nous avons émis dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 431. C'est aussi celui de notre collaborateur M. Marcadé, sur l'article 1408, n° 8 *bis*, 2°, et il est généralement adopté. (*V.* MM. Troplong, n° 444; Odier, t. II, n° 89; Zachariæ, t. III, § 507, note 24; Duranton, t. XIV, n° 117; Toullier, t. XII, n° 119.)

6. Toutefois, si la succession ainsi ouverte durant le mariage est une cause de propres, même à l'égard de la soulte, c'est

parce que la succession étant purement immobilière dans notre supposition, il n'a pu échoir que des immeubles au conjoint héritier. Ce serait autre chose si la succession étant en partie mobilière et en partie immobilière, l'héritier avait reçu des meubles et des immeubles dans une proportion inégale, ou même s'il avait été rempli de toute sa part dans la succession en meubles seulement ou seulement en immeubles. Les droits de la communauté, dans cette hypothèse, seraient réglés d'après le principe qui attribue au partage un caractère purement déclaratif.

Ainsi on ne pourrait pas dire, en suivant la doctrine de Lebrun (*loc cit.*, n° 20) et celle de Valin (cout. de la Rochelle, art. 48, § 2, n° 11), que la portion de meubles échue au conjoint au delà de sa part héréditaire lui serait propre, et ne pourrait entrer dans la communauté que sauf récompense. La succession étant l'une des causes d'acquisition que l'article 1401 du Code civil signale et place parmi celles qui font acquérir *les meubles* à la communauté, il faut dire que toutes les fois que l'un des époux prend, dans une succession au partage de laquelle il est appelé pendant le mariage, une portion de mobilier plus grande que celle qui devait lui revenir, et abandonne une part équivalente dans les immeubles, il n'y a pas de considération capable d'autoriser cet époux à soustraire à la communauté une portion quelconque des meubles qu'il a reçus, ni à se défrayer sur la communauté de la part qu'il aurait pu prendre dans les immeubles de la succession. Et par une juste réciprocité, les successions *immobilières* échues pendant le mariage étant une cause de propres (art. 1404, n° 1), il faut dire que si l'époux a recueilli une portion d'immeubles supérieure à celle que lui assignait sa part héréditaire, cette portion lui demeure propre pour le tout sans qu'il doive aucune récompense à la communauté, à raison de ce qui serait tombé dans l'actif social, si le conjoint avait reçu du mobilier proportionnellement à sa part héréditaire. (*V.* notre *Traité du contrat de mariage*, t. 1, n° 356.)

L'arrêt du 11 décembre 1850 exprime aussi cette réserve. Dans l'espèce, les successions à l'occasion desquelles le procès avait été engagé, comprenaient en valeurs mobilières une somme de 41,380 fr.; tout le surplus consistait en immeubles. Le con-

joint qui, pendant le mariage, avait été appelé au partage de ces successions, avait reçu cependant une somme de 100,000 fr. en argent. Dans cette situation, qu'a fait la Cour suprême? Elle a supposé que cet héritier avait succédé directement aux 41,380 fr. de valeurs mobilières; et ne conservant que pour l'excédant à la somme de 100,000 fr. le caractère immobilier qu'il tenait de son origine, elle a décidé que cet excédant seulement avait pu donner lieu, lors de la liquidation de la communauté, à un prélèvement de la part du conjoint du chef duquel il provenait.

Ainsi limitée, la décision est fondée sur la combinaison très-exacte des articles 1401, 1404, 1437 et 883 du Code civil; elle ne peut qu'être approuvée.

7. — (REJ. 29 AVRIL 1850; *Devill. et Car.*, 51, 1, 620.) — La transaction, en matière fiscale, a été l'objet de dispositions complexes. D'abord, l'article 68, § 1, n° 45, de la loi du 22 frimaire an VII soumet à un droit fixe de 1 fr., porté ensuite à 3 fr. par la loi du 28 avril 1816, art. 43, n° 8, les transactions, en quelque manière que ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de sommes et valeurs, ni de disposition soumise par la loi à un plus fort droit d'enregistrement. Cette première disposition contient en germe toute la théorie de la loi. Elle a pour objet direct la transaction véritable, c'est-à-dire celle qui, sans mélange d'aucune stipulation particulière, constitue, selon la définition de la loi civile, le contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître (C. civ., art. 2044). Et comme une telle transaction est purement déclarative, elle est tarifée à un simple droit fixe par la disposition précitée.

Cependant la transaction qui, en principe, a le caractère déclaratif, peut, en raison des stipulations qui l'accompagnent, perdre ce caractère. Elle cesse d'être déclarative, et devient translative lorsque des choses non comprises au litige sont abandonnées à celui qui n'en avait pas la propriété; il y a, dans ce cas, passage de ces choses d'une main dans une autre, et, suivant l'expression de l'article 68, § 1, n° 45, un droit plus élevé, c'est-à-dire un droit proportionnel devient exigible. Quel est ce droit? La loi

du 22 frimaire an VII l'indique elle-même dans un cas particulier : elle établit par son article 69, § 3, n° 3, le droit de 1 fr. pour 100 (réduit aujourd'hui à 50 centimes pour 100 fr. par la loi du 7 août 1850, art. 9) sur la transaction qui contient obligation de sommes. Mais le droit proportionnel applicable aux transactions n'est pas nécessairement renfermé dans cette limite. L'article 69 de la loi de frimaire an VII complète en partie la réserve contenue dans l'article 68 de la même loi, qui, en tarifant la transaction à un simple droit fixe, exprime nettement qu'il n'en est ainsi que pour la transaction qui ne contient aucune stipulation de sommes et valeurs. Ce même article ajoute : « ni de disposition soumise par la loi à un plus fort droit d'enregistrement; » et cette seconde partie de la réserve n'a pas fait, comme la première, l'objet d'une disposition spéciale. Cependant elle subsiste, et elle indique que l'article 69, § 3, n° 3, en appliquant le droit de 1 fr. pour 100 aux transactions, n'est pas exclusif d'autres applications impliquant un droit moindre ou plus élevé, suivant que la clause insérée dans la transaction constituerait autre chose que l'obligation de somme, par exemple une libération ou une mutation mobilière ou immobilière.

Ainsi, lorsque de deux parties en présence et sur le point d'entâmer un procès, l'une souscrit, pour prévenir la contestation, une obligation de sommes étrangères au litige, il y a lieu de percevoir le droit d'obligation, quelle que soit la nature des objets litigieux. Si, au lieu de souscrire une obligation, la partie paye comptant ou s'engage à servir une rente, c'est le droit de quittance ou celui de constitution de rente qui doit être perçu. Enfin, si elle transmet à l'autre partie des choses qui n'étaient pas comprises dans le litige, il y a une mutation passible du droit établi sur les mutations mobilières ou immobilières, suivant que les choses abandonnées sont des meubles ou des immeubles. Telle est la théorie de la loi; nous l'avons expliquée dans tout son développement au *Supplément au Traité des droits d'enregistrement*, n°s 27, 38 et suiv.

Nous avons indiqué aussi *loc. cit.*, n° 29, comment la théorie de la loi a été méconnue par la régie dans l'application du droit d'enregistrement, et comment, à l'aide de deux présomptions

s'aidant l'une l'autre, la première fondée sur le changement dans la possession, la seconde fondée sur les prétentions abandonnées, la régie en est venue à un système d'après lequel non-seulement la transaction ne se trouve jamais dans le cas de subir le droit fixe auquel elle est expressément tarifée par l'article 68 de la loi de frimaire, mais encore le droit proportionnel qu'elle peut avoir à supporter serait, non point un droit de libération ou d'obligation, suivant l'occurrence, mais à peu près toujours un droit de mutation.

La Cour de cassation a secondé en quelques points les exigences fiscales de ce système; mais elle n'en a pas admis tous les détails. Voici notamment une espèce dans laquelle les prétentions de la régie ont rencontré et devaient rencontrer un échec.

Un propriétaire exproprié, pour cause d'utilité publique, de terrains nécessaires à la construction d'un chemin de fer, avait demandé la remise de ses terrains, par application de l'article 60 de la loi du 3 mai 1841, après que le projet en vue duquel il avait été exproprié eut été abandonné sans réalisation. Un arrêt de la Cour de Paris ordonna la remise, à la charge par le propriétaire de tenir compte à la compagnie des sommes qu'il en avait reçues, lesquelles, suivant une déclaration faite à cet effet, s'élevaient à 49,000 fr. Le droit à 5 1/2 pour 100 fut perçu sur cette somme lors de l'enregistrement de l'arrêt. Plus tard, le liquidateur de la compagnie s'étant pourvu en cassation contre l'arrêt de la Cour de Paris, il intervint entre les parties une transaction aux termes de laquelle le liquidateur de la compagnie se désista de son pourvoi et consentit l'exécution pure et simple de l'arrêt, à la charge, par celui qui avait obtenu cet arrêt, de payer à la compagnie, en sus des 49,000 fr. dont il vient d'être parlé, une somme de 150,725 fr. — La régie a prétendu que ces deux sommes formaient le prix de la rétrocession; en conséquence, elle a prétendu que la transaction donnait ouverture, à l'occasion de la seconde, au droit de 5 1/2 pour 100 qui avait été perçu sur la première lors de l'enregistrement de l'arrêt.

Cette prétention était sans aucun fondement. Dans l'espèce, la régie voulait rattacher la perception à la jurisprudence établie par une longue suite d'arrêts desquels il résulte que la transac-

tion entre un légataire universel saisi de plein droit, à défaut d'héritier à réserve et qui a obtenu l'envoi en possession provisoire de la succession, et un héritier légitime du défunt, transaction par laquelle le légataire abandonne à l'héritier une portion déterminée de la succession, moyennant quoi celui-ci renonce à l'action qu'il avait formée contre le testament, constitue, vis-à-vis de l'enregistrement, un acte translatif de propriété, et donne ouverture au droit de mutation sur la valeur des biens abandonnés à l'héritier légitime. — Sans apprécier ici le mérite de cette jurisprudence que nous avons déjà combattue (*V.* le *Supplément au Traité du droit d'enregistrement*, *loc. cit.*, n°s 32 et suiv.), et dont, au surplus, la Cour de cassation, à en juger par la tendance d'arrêts récents, paraît disposée à s'écarter (V. *loc. cit.*, n° 37), nous dirons qu'aucun rapprochement n'était possible dans l'espèce.

A tout prendre, on peut dire, à l'occasion de la jurisprudence dont nous venons de parler, que le légataire est saisi et en possession de la succession, et que s'il en abandonne une partie aux héritiers légitimes, c'est de lui qu'ils la tiennent et nullement du défunt qui les avait privés de tout droit par l'institution d'un légataire universel; que dès lors il y a du légataire à l'héritier une transmission possible du droit de mutation. Mais dans l'espèce ci-dessus retracée, il n'y avait rien de semblable. En fait, une compagnie est en procès avec un propriétaire qu'elle a exproprié, sur le point de savoir si celui-ci peut reprendre les terrains qui avaient fait l'objet de l'expropriation. Un arrêt consacre son droit à cet égard, en lui imposant l'obligation de rendre ce qu'il a reçu. La compagnie attaque l'arrêt, puis elle se désiste de son pourvoi, et reçoit pour prix de son désistement une somme déterminée. Évidemment il n'y a pas de mutation au profit du propriétaire, puisque déjà l'arrêt sur lequel la régie avait perçu le droit de rétrocession, avait autorisé ce propriétaire à reprendre la possession de ses terrains. La transaction n'avait qu'un objet, c'était de mettre un terme à un procès, d'empêcher qu'il ne fût donné suite à un pourvoi déjà formé, d'acheter enfin, au prix de 150,725 fr., le désistement de la compagnie, et le repos par la fin d'une lutte judiciaire. C'était la transaction contenant sti-

pulation de sommes et valeurs, celle que la loi du 22 frimaire an VII soumettait positivement au droit de 1 fr. pour 100 par son article 69, § 3, n° 3.

A la vérité, la transaction avait pour objet des droits immobiliers, et c'était à ce second point de vue que se plaçait la régie pour obtenir le droit à 5 1/2 pour 100. Mais il y avait là une méprise évidente ou une équivoque. Ce n'est pas la nature de l'objet litigieux, c'est la nature de l'objet donné pour prix de la transaction, en tant que cet objet est en dehors du litige, qui sert de base au droit à percevoir. Ainsi, si pour obtenir la fin d'un procès engagé à l'occasion d'une ferme dont la propriété m'est contestée, j'abandonne une de mes maisons de ville, le droit à percevoir sera évidemment le droit des mutations immobilières sur la valeur de la maison abandonnée. Mais si je consens seulement à payer une somme de 20,000 fr., le droit ne sera plus et ne pourra plus être que celui d'obligation de somme sur 20,000 fr.

Ainsi, dans l'espèce, il importait peu que l'objet litigieux fût un droit mobilier ou immobilier. En définitive, le prix de la transaction était une somme que l'une des parties prenait l'engagement de payer. Il n'y avait donc de dû que le droit d'obligation de somme. Et c'est avec raison que le Tribunal de la Seine, par jugement du 29 novembre 1848, et la Cour de cassation, par son arrêt du 29 avril 1850, l'ont considéré comme seul exigible.

P. PONT.

AVANCEMENT D'HOIRIE.—CALCUL DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE.

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur suppléant à la Faculté de droit de Toulouse.

DEUXIÈME ET DERNIER ARTICLE [1].

SOMMAIRE.

Section IV. — *Développement de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis* 1818.

19. La grande autorité des arrêts n'est recevable qu'à l'égard des théories de droit qui influent directement sur les faits de la cause.
20. Arrêt de la chambre des requêtes du 18 février 1818 (Laroque de Mons).— Cet arrêt perd beaucoup de son autorité quand on le rapproche des faits de la cause.
21. Influence des principes posés dans cet arrêt, sur une question voisine : trois arrêts de *cassation* étendent et développent ces principes.
22. Le système de ces trois arrêts est définitivement condamné par l'arrêt des chambres réunies du 8 juillet 1826.
23. Influence logique des principes de l'arrêt de 1826 sur notre question : en fait, l'arrêt de la chambre des requêtes du 11 août 1829, subit complétement cette influence.
24. Arrêt de *cassation* du 25 mars 1834.
25. Arrêt de *cassation* du 17 mai 1843. — Pourquoi la doctrine n'a pas protesté contre les arrêts de 1829 et de 1834. — En quel sens l'arrêt de 1843 vise, à bon droit, l'article 919 du Code civil.
26. Arrêts de 1846, 1847 et 1848. — Accord de la chambre des requêtes et de la chambre civile sur la question.

Section V. — *Établissement rationnel du système de la Cour de cassation.*

27. Formule de ce cinquième système.
28. Objections tirées du droit positif.
29. Objections tirées de considérations morales.
30. La renonciation de l'enfant donataire n'a d'autre résultat que de l'affranchir du rapport vis-à-vis de ses frères et sœurs, mais elle est sans effet à l'égard des légataires; enfin elle ne nuit pas plus aux créanciers que ne ferait une acceptation bénéficiaire (art. 921).
31. Exemples. — Toutes ces solutions découlent du principe suivant lequel ni les

[1] Voyez ci-dessus page 81. Errata du premier article : Page 88, ligne 7 : *fussent souvent éludés*, lisez : *furent*. Page 97, note 3 : *patrimoine de* 180,000 *fr.*, lisez : 90,000 *fr.*

créanciers, ni *à fortiori* les légataires ne peuvent profiter directement ou indirectement soit du rapport, soit de la réduction.
2. Et ce principe lui-même se déduit de la règle fondamentale : *Donner et retenir ne vaut.*
33. Valeur intrinsèque de cette règle. — Quoi qu'il en soit, cette règle reçoit une consécration formelle de la volonté des parties *dans les contrats de mariage*, lorsque le donateur n'y déroge pas, le pouvant faire.
34. Effet de la clause expresse du rapport. — Renvoi à un prochain article pour l'étude des *promesses d'égalité.*
35. Conclusion.

SECTION IV. — Développement de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1818.

19. Avant de reprendre l'établissement rationnel et les déductions pratiques du système que je défends, il n'est pas sans intérêt de considérer dans une vue d'ensemble le développement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question. Mais pour que cette étude porte avec soi son plus grand enseignement, il importe de rapprocher des principes de droit, émis par chacun de ces arrêts, les diverses circonstances des faits que ces principes étaient destinés à régler.

L'autorité sérieuse des décisions judiciaires est surtout dans la partie de ces décisions directement applicable aux faits de la cause. Les théories surabondantes qui se rencontrent dans certains arrêts indiquent seulement la pensée de leurs rédacteurs ; elles tirent leur autorité de la science individuelle de ceux qui les produisent ; mais pour les théories qui influent directement sur le sort des parties, le juge aperçoit immédiatement les conséquences pratiques de la décision qu'il va rendre ; ce n'est pas seulement son esprit qui est éveillé, c'est sa conscience d'honnête homme, et il n'est pas à craindre qu'il sacrifie à l'honneur d'une formule bien faite les intérêts sacrés qui lui sont confiés.

Voilà ce qui donne aux décisions judiciaires cette autorité plus que doctrinale de laquelle, je crois, on s'est trop alarmé ; mais voilà aussi ce qui impose au jurisconsulte, dans l'étude des arrêts, un discernement exact et une critique inflexible.

20. Ces réflexions trouvent, dès l'abord, leur confirmation dans le célèbre arrêt *Laroque de Mons*. (Req. rej. 18 fév. 1818.)

En fait, la mère de famille avait six enfants ; l'aîné avait reçu

une donation sans clause de préciput ; il renonce à la succession, et par là il s'assure déjà au *minimum* le quart de la masse, presque le double de la portion de chacun de ses frères. Non content de cet avantage, il demande à conserver en outre sur sa donation une valeur égale au sixième des trois quarts réservés.

Cette prétention, qui triompherait aujourd'hui, succomba alors, et certes la prétention du donataire ne pouvait pas se présenter sous un jour plus défavorable au premier aperçu.

Ces faits n'ont pas manqué d'influer sur la décision de l'arrêt.

Le rapporteur se livra sans doute à une étude approfondie de la question, et régla même dans la rédaction des points tout à fait indifférents à la cause. C'est ainsi, par exemple, qu'il posa en thèse ce fâcheux principe de l'accroissement (*suprà*, n° 14) qui, dans la cause, n'avait aucune conséquence, et qui assurément, dans toute autre espèce, eût fait reculer le sens pratique des magistrats. Mais, en somme, les points les plus difficiles de la question, c'est-à-dire les rapports du donataire avec les donataires postérieurs et les légataires, ne se présentaient pas à régler dans cette affaire. Sur tous ces points nous avons l'opinion personnelle de M. Porriquet ; nous n'avons pas la décision de la Cour suprême.

21. Les principes beaucoup trop absolus, posés dans les motifs de l'arrêt Laroque de Mons, ne tardèrent pas à entraîner les plus tristes conséquences dans une question toute voisine. En méconnaissant le caractère de l'avancement d'hoirie au cas de renonciation, en rompant ainsi avec toutes les traditions de l'ancien droit, on rouvrait la porte à la controverse sur des points réglés depuis des siècles, dans une matière qui intéresse toutes les familles. Le mal apparut à propos du calcul de la quotité disponible, en cas d'acceptation de la succession par les enfants donataires en avancement d'hoirie.

De tout temps, en France, ces donations avaient été déclarées imputables sur la légitime [1]. En appliquant ces principes sous le Code civil, on arrivait aux conséquences suivantes : Si, par exem-

[1] *V.* notamment Ferrière sur le § 6, Institutes, *De inoff. testam.* — Ricard, t. I, part. 3, ch. 8, sect. 11. — Serres, *Institutions du droit français* (1760), p. 304, et les autorités qu'il cite.

ple, un père ayant 100,000 fr. de biens et un seul enfant venant à sa succession, avait doté cet enfant, par acte entre-vifs, de 50,000 fr., il devait conserver intacte toute la quotité disponible; s'il avait doté son fils de 80,000 fr., le légataire universel devait avoir tous les biens restants, c'est-à-dire 20,000 fr. Ce résultat est aussi juste qu'il est équitable; mais on opposait l'article 857, dont la formule est précise, absolue, et ni plus ni moins déterminante, au cas proposé d'acceptation de l'enfant doté, que la formule de l'article 785 au cas de renonciation.

Le rapport, disait-on, n'est pas dû au légataire; ce principe est général, et comprend aussi bien le rapport en moins prenant que le rapport en nature. Donc, dans l'espèce, le légataire ne prendra que la moitié des biens existant dans le patrimoine au décès, 25,000 fr. dans un cas, 10,000 fr. dans l'autre.

Quant à l'article 922, ajoutait-on, il est étranger à la matière, il règle les conditions de l'action en réduction; on ne saurait l'étendre à la demande en délivrance intentée par le légataire universel.

Le résultat auquel on arrive par ce raisonnement étroit est si blessant pour l'équité, que, chez les jurisconsultes des deux derniers siècles, on trouve à peine la trace d'une controverse sur la doctrine contraire.

Mais la Cour suprême était engagée, par son arrêt de 1818, à renier la sagesse des anciens jurisconsultes et à méconnaître les conditions essentielles de l'avancement d'hoirie; trois arrêts de *cassation* (27 mars 1822, 12 février 1824, 8 décembre 1824) vinrent consacrer l'exorbitante prétention des enfants donataires, et briser comme inofficieuses les plus sages dispositions du père de famille.

22. Heureusement l'arrêt des chambres réunies du 8 juillet 1826 rétablit les vrais principes. La Cour décida que si le légataire ne pouvait exiger le rapport des biens donnés, c'était en ce sens qu'il ne pouvait, en qualité de légataire universel, enfreindre la donation et réduire l'enfant à sa réserve; mais que les biens donnés devaient être *rapportés fictivement* à la masse pour le calcul de la quotité disponible et l'établissement des droits du légataire.

Cet arrêt a acquis une juste autorité dans la doctrine et a fait loi dans la pratique.

23. Dès ce jour pourtant, le système de l'arrêt *Laroque de Mons* était sapé par sa base. Une fois cette vérité reconnue : le don en avancement d'hoirie doit s'imputer d'abord, et avant tout, sur la réserve, subsidiairement sur la quotité disponible, comment admettre plus longtemps qu'en renonçant à la succession dans son propre intérêt, l'enfant donataire va dénaturer le caractère de sa donation et bouleverser toute l'économie des dispositions du père de famille [1] ?

On s'en aperçut en 1829.

L'espèce se présentait dans le ressort de la Cour de Montpellier, c'est-à-dire dans cette partie de la France où les parents ont conservé l'habitude de faire un aîné.

La famille se composait de trois enfants, un fils et deux filles ; une des filles avait été dotée par acte entre-vifs ; le fils, par testament, avait été institué légataire universel par préciput et hors part ; la fille dotée renonce à la succession pour retenir sa donation.

[1] La contradiction entre l'arrêt Laroque de Mons et l'arrêt de 1826 est énergiquement accusée par M. Dufour dans l'article déjà cité (*Revue étrangère et française*, 1836, p. 490 et 491) : La loi, dit-il, dans l'article 857, « n'avait nullement » en vue le mode de calcul de la quotité disponible..... Cependant on a généralisé » ce qui n'avait trait qu'à la solution d'une question particulière ; et argumentant » de la disposition finale de l'article, on a dit : puisque le légataire ne doit pas » profiter du rapport, il faut déduire de la masse à partager l'objet rentré..... Ce » sophisme prévalut, appuyé qu'il était sur le respect religieux que l'on croyait » devoir à la loi. La révolte du bon sens a enfin porté la Cour suprême à le pro» scrire.... Par son fameux arrêt du 8 juillet 1826, elle a distingué entre le rapport » *réel* et le rapport *fictif*, ou, mieux encore, la *réunion fictive*, elle a proscrit » l'un, ordonné l'autre, et concilié de la sorte des textes qui lui paraissaient con» tradictoires ; distinction ingénieuse...., mais qui n'empêche pas que si l'on réfère » à la doctrine de la même Cour, consignée dans l'arrêt du 18 février 1818 (La» roque de Mons), le légataire ne profite en réalité du rapport, contrairement à ce » que l'on a voulu éviter, et à la disposition de l'article 857. En effet, pour qu'il » en fût autrement, il serait nécessaire que sa position restât la même, quelque » parti que prît l'habile à succéder sur l'acceptation ou la répudiation de l'héré» dité. Si l'une lui est avantageuse, l'autre nuisible, il y a profit dans un cas, » perte dans l'autre, et toutes les distinctions possibles ne sauraient détruire l'é» vidence. Or il en est ainsi suivant le dernier arrêt cité, qui ordonne que le don » du successible renonçant s'impute sur le disponible, lequel s'imputerait sur la » réserve en cas d'acceptation. — Cette contradiction de vues élève des préven» tions contre l'arrêt du 18 février 1818. Que sera-ce si l'on examine la rigueur » et l'iniquité des principes sur lesquels il s'appuie ? etc. »

Le débat s'élève uniquement entre le fils légataire par préciput et la fille non dotée. Celle-ci soutient que, par la donation faite à sa sœur, la quotité disponible est absorbée, et qu'il n'y a plus de place pour une disposition testamentaire. Le fils répond que cette donation doit s'imputer préalablement sur la réserve, et subsidiairement sur la quotité disponible. « Si Élisabeth (la » fille renonçante), dit-il, a reçu plus que sa réserve par l'effet » du don, *j'en subirai la conséquence;* mais pour le surplus de » la quotité disponible, mon legs subsiste et doit sortir effet. »

La Cour de Montpellier accueillit ce système, et la Cour de cassation, chambre des requêtes, rejeta le pourvoi. (11 août 1829. *Jean-Jean* c. *Mourgues.*)

Dans les motifs de l'arrêt, on lit en propres termes que *la dot du renonçant est rapportable fictivement* pour le calcul de la réserve. L'influence de l'arrêt de 1826 est frappante, et l'arrêtiste non encore prévenu, en louant la sagesse de la décision, la signale comme une conséquence nécessaire de cet arrêt des chambres réunies. (Dalloz périodique, 1829, 1, 328.)

24. La question se présente avec plus de développement et des péripéties plus variées en 1834.

Cette fois encore nous sommes dans le midi de la France, dans le ressort de la Cour de Nîmes.

La famille comptait sept enfants : une fille dotée entre-vifs, qui ensuite renonce à la succession, et un fils légataire par préciput de tout le disponible.

Le fils préciputaire est ici plus exigeant que dans l'espèce précédente : non-seulement il veut que la fille renonçante impute sa donation préalablement sur sa part dans la réserve, mais il veut encore, lui légataire, faire réduire la donation à cette part de réserve, c'est-à-dire au septième des trois quarts de toute la succession.

Le Tribunal d'Uzès accueillit cette exorbitante prétention.

La Cour de Nîmes, se rejetant dans l'extrémité contraire, infirma le jugement et décida que la fille renonçante devait imputer exclusivement sa donation sur la quotité disponible. Comme il y avait, dans l'espèce, six enfants acceptants, la question de l'accroissement n'avait pas d'intérêt. C'était donc la doctrine de

l'arrêt *Laroque de Mons* qui revenait dans des circonstances analogues.

La Cour suprême, par arrêt de *cassation*, au rapport de M. Mestadier, rétablit sagement les principes. (25 mars 1834. *Castille* c. *Duroure.*)

Elle se préoccupa de la pensée « qu'il importe de laisser *au-* » *tant que possible* les dispositions ultérieures du père de fa- » mille recevoir leur effet, » et proclama bien haut « que la » renonciation ne peut changer la nature du don, et n'a d'autre » effet que de donner au renonçant le droit de retenir ce qui lui » a été donné, d'abord en sa qualité d'enfant, qu'il ne peut » perdre ni abdiquer, sur la part qui lui aurait appartenu dans » la réserve légale s'il n'eût pas renoncé, et subsidiairement, s'il » y a lieu, sur la quotité disponible, *afin que la réserve de ses* » *frères et sœurs ne soit point entamée.* »

Et comme, après cette imputation opérée, *en fait* il restait des biens disponibles, la Cour n'eut pas alors à décider expressément la question tranchée en 1843. Il m'importe donc peu de rechercher, comme l'a fait M. Pont (*Revue de législation*, t. II de 1843, p. 456), si la pensée de la Cour allait dès lors jusqu'à la doctrine explicitement consacrée en 1843; mais pourtant je constate que les motifs de l'arrêt de 1834 y conduisent invinciblement.

25. Pour la première fois donc, en 1843, la question se présenta tout entière, et la chambre civile, par arrêt de *cassation* (17 mai 1843; *Leproust-Navereau* c. *Leproust*), décida sans hésiter que la donation du renonçant devait subsister intacte, en tant qu'elle n'enfreignait pas la réserve de chacun des autres enfants; que par conséquent l'enfant donataire, en renonçant, pouvait avoir le montant cumulé de sa part dans la réserve et de la quotité disponible; en d'autres termes, que la dispense de rapport, résultant de la renonciation, produisait un même et semblable effet que la dispense de rapport, expressément concédée par le père de famille. C'est alors que se produisirent, un peu tardivement, les énergiques protestations rappelées par M. Marcadé dans son article du mois de mai dernier.

On peut juger maintenant si la Cour est tombée dans la con-

fusion qu'on lui a tant reprochée, lorsqu'elle a considéré son arrêt de 1843 comme la conséquence nécessaire de ses deux arrêts de 1829 et de 1834 [1].

Pour ce qui est de la valeur intrinsèque de cet arrêt de 1843, je reconnais que ses motifs laissent beaucoup à désirer, et que leur extrême laconisme a prêté à un malentendu fâcheux. Ainsi l'arrêt vise l'article 919 du Code civil, ainsi conçu : « La quotité » disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par » acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres suc- » cessibles du donateur, sans être sujette au rapport par le do- » nataire ou le légataire, *venant à la succession*, pourvu que la » disposition ait été faite *expressément* à titre de préciput ou hors » part, etc. » Et la critique de s'écrier : « Comment! le Code nous avertit que le cumul pourra avoir lieu *pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput*, et vous en concluez que ce cumul pourra avoir lieu en l'absence d'une pareille clause! » L'argument est saisissant; voici pourtant ce qu'il y a à répondre : L'article ne parle que de l'enfant *venant à la succession;* en cela il innove à l'ancien droit et abroge formellement la règle : *on ne peut être héritier et donataire.* Quant à l'enfant renonçant, il ne parle pas de lui; or *qui dicit de uno, de altero negat;* donc l'ancienne doctrine est maintenue à son égard.

Toutefois, comme un argument *à contrario* n'est jamais complétement décisif, reprenons la question de plus haut.

La coutume de Paris était plus soucieuse que le Code civil de l'égalité entre les enfants; en ligne directe, l'héritier ne pouvait être ni donataire ni légataire, même en vertu de la disposition expresse du père de famille (Art. 300, 301, 307).

Toutefois, la doctrine du cumul y régnait sans conteste, tout le monde le reconnaît (n° 7, *in fine*). Ainsi le respect du droit acquis au donataire, c'est-à-dire, au fond, la volonté implicite du père, amenait un résultat que n'aurait pu régulièrement pro-

[1] *V.* M. Pont (*Revue de législation*, t. II de 1843, p. 450); — MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. V, § 684 *ter*, note 12, *in fine*. — Au contraire, M. Valette (le *Droit* du 17 décembre 1845), et surtout M. Marcadé (*Revue critique*, 1851, p. 273), font remonter leur blâme jusqu'à l'arrêt de 1829.

duire sa volonté expresse. Comment s'étonner alors que, sous le Code civil, la même considération entraîne un résultat qu'aurait pu produire directement la volonté expresse du père de famille.

Voilà comment l'argument tiré de l'article 919 du Code civil me semble pouvoir être développé.

26. Maintenant, je ne prolongerai pas cet examen; je rappellerai seulement que l'arrêt de *cassation* du 21 juillet 1846 (Dev., 1846, 1, 826) fait saisir, beaucoup mieux que le précédent, la pensée de la Cour; qu'enfin deux arrêts de rejet de la chambre des requêtes (6 et 27 avril 1847; Dall. périod., 1847, 1, 155) et un nouvel arrêt de *cassation* (21 juin 1848; Dall. alph., 1848, v° *Portion disponible*) témoignent du parfait accord des deux chambres dans leur jurisprudence tant attaquée.

En présence de ces faits, tous ceux qui déplorent l'hérésie de la Cour suprême doivent conserver peu d'espoir dans leur appel au futur concile des chambres réunies. Dans peu, sans doute, il en faudra prendre son parti : la résistance des Cours d'appel s'apaisera, la jurisprudence régulatrice fera loi dans la pratique, et nous pourrons dire avec M. Demolombe (*Revue critique*, 1851, p. 323) : « C'est ainsi..... que les conflits judiciaires s'apaisent, » que les discussions et aussi les procès ont leur terme, et que » la jurisprudence enfin s'établit dans l'intérêt de la bonne ad- » ministration de la justice et pour le plus grand bien du pays! » la jurisprudence, cette autorité de la chose jugée dans son ex- » pression la plus haute, dans son application la plus étendue, » dans cette application qui sera toujours, quoi que l'on fasse, » un peu plus ou un peu moins législative, de quelque nom » qu'on l'appelle, suivant les époques et les institutions, *préto- » rienne* ou *parlementaire*. » Toutefois, et malgré l'autorité plus que doctrinale que nous avons reconnue aux décisions judiciaires, il est certain que le jurisconsulte ne doit jamais prendre des arrêts pour des raisons; terminons donc ce travail en examinant la valeur juridique et morale du système de la Cour de cassation.

SECTION V. — Établissement rationnel du système de la Cour de cassation.

27. Formulons d'abord ce système à la façon des précédents.

1re *Proposition*. La réserve est invariablement[1] fixée sur le nombre des *enfants laissés par le défunt* (art. 913).

2e *Proposition*. La part du renonçant accroît, si elle est vacante, aux enfants héritiers.

Mais si l'enfant renonce pour retenir sa donation, sa part, n'étant pas vacante, ne saurait accroître aux héritiers.

3e *Proposition*. La donation en avancement d'hoirie étant l'acquittement anticipé de la portion héréditaire de l'enfant, doit d'abord et préalablement s'imputer sur la réserve, subsidiairement sur la quotité disponible.

Ce caractère, essentiel à l'avancement d'hoirie, ne peut être effacé par la renonciation de l'enfant donataire. Cette renonciation n'a pour effet que d'affranchir le donataire du rapport à l'égard de ses frères et sœurs; elle ne modifie en quoi que ce soit l'émolument ni des créanciers, ni des donataires postérieurs, ni des légataires.

L'article 785 est tout à fait étranger à la matière qui nous occupe. Il a pour but d'écarter les distinctions du droit romain entre l'*abstention* de l'héritier *sien* et la *répudiation* de l'héritier *externe*, et de concilier ces deux principes coutumiers : *Le mort saisit le vif* et *Nul n'est héritier qui ne veut*.

4e *Proposition*. La donation en avancement d'hoirie, étant irrévocable par le fait du père, ne peut être entamée que si elle est *inofficieuse*, c'est-à-dire si elle ne laisse pas intacte la réserve des autres enfants.

5e *Proposition*. Chacun ne pouvant agir en justice que dans la limite de son intérêt personnel, chaque enfant ne peut intenter l'action en réduction que jusqu'à concurrence de sa portion propre dans la masse réservée. (Pour la fixation de cette portion, *V*. la 1re et la 2e propositions.)

Le donataire retient donc sa propre part dans la réserve, et

[1] J'excepte le cas d'indignité, qui mérite un examen spécial.

même, s'il y a lieu, la part de ceux qui, après s'être portés héritiers, négligeraient d'intenter l'action en réduction.

28. A l'énoncé seul de ces propositions, on voit qu'il n'y a nulle relation entre la *rétention* de la réserve que fait le renonçant en vertu de la donation, et la réclamation de la réserve que l'enfant peut faire seulement en qualité d'héritier. Depuis la rédaction de l'article 921 du Code civil, la réclamation de la réserve par voie d'action, de la part du renonçant, est tout simplement un non-sens.

On voit aussi qu'il ne peut être question d'une *dévolution* de la réserve des enfants au profit du degré subséquent, ascendants ou collatéraux [1], car le calcul de la réserve n'est utile que pour régler l'étendue de l'action en réduction; or si tous renoncent, personne n'a qualité pour intenter cette action en vertu de l'article 913. Si la succession est dévolue à des collatéraux, il ne saurait être question d'action en réduction; si c'est à des ascendants, la réduction s'opérera en vertu de l'article 915, mais les donations, retenues par les enfants, ne seront pas moins imputées préalablement sur la réserve; et pour que les ascendants puissent agir en réduction contre les étrangers, il faut supposer que les enfants ont renoncé à la succession en absorbant, à eux tous, moins de moitié de l'actif net!

Ces deux objections écartées, que reste-t-il contre notre système?

Il a pour lui la possession des trois quarts et demi de la France, antérieurement au Code civil : et dans les pays de droit écrit, et sous les coutumes d'égalité simple, et sous les coutumes muettes, le résultat de ce système était admis sans conteste; c'était enfin bien précisément le droit commun de la France.

Le Code civil, dans son texte, n'a rien qui le condamne : l'article 845 doit être expliqué par sa relation à l'article 913.

Mais, dit-on, on a proclamé bien haut dans les discussions préparatoires que la réserve est une portion de la succession *ab intestat*, et par conséquent il faut se porter héritier pour avoir droit à la réserve à un titre quelconque.

[1] *V.* M. Marcadé sur l'article 914, n° V.

Ce principe n'est pas nouveau; vous-mêmes vous vous prévalez de son ancienneté [1] : il régnait dans les pays de droit écrit en vertu de la novelle 115; il régnait dans tous les pays coutumiers comme un axiome de jurisprudence.

Ce principe empêchait-il le résultat que je défends? Nullement; tous mes adversaires m'accordent ce point.

Qu'ont voulu les rédacteurs du Code civil en consacrant de nouveau ce principe? Une seule chose : effacer une équivoque relative à l'effet de l'action en réduction par rapport aux créanciers.

Pour la question qui nous occupe, ils ne se la sont pas une seule fois posée. Elle en valait pourtant la peine assurément : il est peu de familles qu'elle n'intéresse; elle touche aux principes constitutifs de l'autorité paternelle, à la stabilité des conventions matrimoniales, à la concorde entre les frères.

Lorsqu'on suit les racines profondes de l'ancienne doctrine sur cette question; lorsque, d'autre part, on voit le Code présenter seulement à l'encontre de cette doctrine une disposition nullement explicite (*suprà*, n° 10), on comprend pourquoi la Cour de cassation n'a pas fait fléchir tant de considérations graves devant le sens apparent de l'article 845 du Code civil.

29. Il semblerait, en effet, qu'appréciée en elle-même cette doctrine soit d'une iniquité révoltante, pour mériter d'être aussi résolument condamnée par les jurisconsultes, aujourd'hui que la plus grave autorité de la jurisprudence moderne vient s'ajouter, pour la soutenir, à toute l'autorité de la jurisprudence des temps passés! Un pareil fait ne se peut expliquer que par l'extrême susceptibilité de l'opinion pour tout ce qui touche à l'égalité entre les enfants; et pourtant ce serait bien à tort qu'on récuserait, sur ce terrain, l'autorité de la jurisprudence coutumière. Cette jurisprudence se préoccupait d'autant plus du respect de l'égalité entre les enfants pour les biens roturiers (auxquels seuls s'appliquent les règles exposées ci-dessus), qu'elle statuait par réaction contre le droit d'aînesse, établie pour les fiefs et les alleux nobles.

[1] *V.* notamment M. Marcadé sur l'article 914, n° IV, et *Revue critique*, 1851, p. 267.

D'ailleurs, le principe de l'égalité entre les enfants n'est pas seul à considérer dans la question ; et tandis qu'on attaque par ce côté le système de la Cour de cassation, on lui fait en même temps le reproche de méconnaître dans ses justes attributions l'autorité paternelle. (*V.* notamment M. Pont, p. 456, et M. Marcadé, p. 276 des articles cités.)

Pour moi, j'ai dit et je maintiens, avec une conviction profonde, que le système de la Cour de cassation concilie dans une juste mesure tous les intérêts et tous les droits.

Et, en effet, en cherchant à analyser tous les intérêts engagés dans la question, nous sommes arrivés à reconnaître ces trois notions principales :

Respect du droit acquis à l'enfant doté;

Respect de la volonté du père de famille;

Respect du principe d'égalité entre les enfants.

Si les prévisions du père de famille ont été prudentes, tous ces principes reçoivent une complète satisfaction : l'enfant doté garde intégralement ce qu'il a reçu, en l'imputant d'abord et préalablement sur sa part dans la réserve; les dispositions ultérieures du père de famille sont exécutées sur ce qui reste de disponible; l'égalité règne entre les enfants, tout et autant que le père n'a pas ordonné le contraire.

Mais si ces principes sont en lutte par l'effet de l'erreur du père de famille, lequel d'entre eux doit prévaloir?

D'abord, il est certain que la volonté du père, formellement exprimée, prévaut sur le principe de l'égalité (art. 843, 919 C. civ.). Le respect du droit acquis à l'enfant doté doit-il prévaloir sur la volonté dernière du père? Oui encore, car le premier devoir d'un honnête homme est de satisfaire à ses engagements, et ce serait faire injure au père de famille de croire qu'il a voulu se montrer généreux au détriment d'engagements antérieurs : *Nemo liberalis, nisi liberatus.*

En partant de cette idée trop négligée des devoirs du père envers l'enfant doté, en considérant qu'il lui doit tout au moins, et dans tous les cas, la garantie de ses faits personnels, on ces-

[1] V. *suprà*, n° 25, l'argument qui résulte de l'article 919, rapproché des dispositions contraires de la coutume de Paris.

sera de s'étonner que la force du droit acquis au donataire produise le même effet qu'une déclaration expresse de préciput [1]. La renonciation faisant cesser l'obligation du rapport, les héritiers sont tenus envers le donataire de toutes les obligations de leur auteur. Les obligations des héritiers envers le donataire ne s'arrêtent que là où commence leur droit propre pour obtenir chacun sa réserve. Nous avons suffisamment insisté sur la manière de calculer cette réserve.

30. Que dire de cette objection : L'enfant, par sa renonciation, se trouve mieux traité que s'il eût accepté? Quoi d'étonnant, puisque cette faculté de renoncer a été établie en sa faveur, pour corriger la rigueur de l'obligation du rapport!

Est-il mieux traité que s'il eût été doté, à la même date, avec clause expresse de préciput? Non; dans ce cas il se fût trouvé, au fond, à l'égard de ses frères [1] et à l'égard des légataires, dans une position semblable. Même à l'égard des créanciers, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, grâce au principe de l'article 921, l'eût de même affranchi de toute contribution aux dettes sur les biens donnés.

Par l'effet de la donation faite de bonne foi, avec ou sans clause de préciput, le bien est irrévocablement sorti du patrimoine à l'égard des créanciers. Si, au décès, il ne reste pas assez d'*actif net* pour remplir de leur réserve les enfants non dotés, alors ces enfants se trouvent *associés* pour partie *au bénéfice de la donation faite à leur frère*. L'association est inégale, si les enfants viennent au partage de la donation par l'effet de l'action en réduction; elle est égale, s'ils viennent par l'effet de l'action en rapport. Dans tous les cas, les créanciers, et à plus forte raison les légataires, ne peuvent attendre aucun avantage ni direct, ni indirect, de la diminution de la donation.

36. Précisons ces notions par quelques exemples :

1re HYPOTHÈSE. Un père laisse deux enfants, un fils et une fille; il a institué un légataire universel étranger. A sa mort, l'actif *net* est de 40,000 fr.; mais de son vivant il avait doté son fils, par préciput, de 60,000 fr.

[1] Sauf toutefois la précision faite *suprà*, n° 10, à propos de l'art. 924, p. 98.

Total pour le calcul de la quotité disponible, 100,000 fr., ci.			100,000 fr. » c.
Le fils, en acceptant la succession, peut conserver sa dot intacte, en la décomposant ainsi :			
1° Imputation sur sa réserve, 33,333 fr. 33 c., ci.	33,333 fr. 33 c.		
2° Imputation sur la quotité disponible, 26,666 fr. 66 c., ci.	26,666 fr. 66 c.		
Total.	60,000 fr. » c.	60,000 fr. » c.	
La fille, réduite à sa réserve, prend 33,333 fr. 33 c., ci.		33,333 fr. 33 c.	
Total à prélever par les héritiers sur la masse, 93,333 fr. 33 c., ci.		93,333 fr. 33 c.	93,333 fr. 33 c.
Reste pour le légataire universel 6,666 fr. 66 c., ci.			6,666 fr. 66 c.

2° HYPOTHÈSE. Deux enfants; le fils est doté, par préciput, de 80,000 fr.; — légataire universel étranger; — actif *net* au décès, 20,000 fr.

Total pour le calcul de la quotité disponible, 100,000 fr., ci.			100,000 fr. » c.
La fille, réduite à sa réserve, prend :			
1° L'actif net, 20,000 f., ci.	20,000 fr. » c.		
2° Plus, par l'effet de la réduction, 13,333 f. 33 c., ci.	13,333 fr. 33 c.		
Total égal à la réserve de la fille, 33,333 fr. 33 c., ci.	33,333 fr. 33 c.	33,333 fr. 33 c.	
Le fils conserve sa donation, réduite à 66,666 fr. 66 c., ci.		66,666 fr. 66 c.	
Total à prélever par les deux héritiers, 100,000 fr., ci.		100,000 fr. » c.	100,000 fr. » c.
Reste pour le légataire universel.			0

3° HYPOTHÈSE. Deux enfants; — le fils doté par préciput de 90,000 fr.; — actif *brut* au décès, 10,000 fr.; — créanciers pour 1 million.

Si les enfants acceptent sous bénéfice d'inventaire, les créanciers prennent les 10,000 fr., et pas un sou de plus (Art. 921 C. civ.).

Total pour le calcul de la quotité disponible, 90,000 fr., ci.	90,000 fr. » c.
Sur quoi il faut prendre un tiers pour la réserve de la fille, ci.	30,000 fr. » c.
Le fils conserve sa donation, réduite à 60,000 fr., ci.	60,000 fr. » c.

Supposons maintenant que le fils, doté sans clause de préciput, renonce à la succession; d'après le système de la Cour de cassation, le résultat est identiquement le même dans toutes les hypothèses. Cette renonciation, établie dans l'intérêt de l'enfant donataire, n'a pour effet que de l'affranchir du rapport; elle nuit à sa sœur tout juste autant que la clause de préciput; à l'égard des créanciers et des légataires, elle doit être absolument sans résultat.

Développons encore ces hypothèses, et supposons que le fils doté sans clause de préciput accepte spontanément la succession.

Quel motif peut le pousser? Croit-il mieux honorer la mémoire de son père par le vain titre d'héritier? Ce motif serait bien futile et bien éloigné de nos mœurs; la donation qu'il tient de lui témoigne assez de la sollicitude de son père et de l'accomplissement de ses devoirs à son égard.

Cherchons donc un motif plus sérieux; sans doute il craint l'irritation et la jalousie de sa sœur, et il veut sacrifier à l'intérêt de la concorde l'avantage parfaitement licite qu'il pourrait retirer de sa renonciation à la succession.

En appliquant ces principes aux chiffres de notre première hypothèse, nous arrivons aux résultats suivants :

La quotité disponible, dans l'espèce, est de 33,333 fr. 33 c., ci.	33,333 fr. 33 c.
Mais la donation de 60,000 fr., faite au fils, bien que *modifiée* à l'égard de sa sœur par l'effet du rapport, s'impute néanmoins sur la quotité disponible jusqu'à concurrence de 26,666 fr. 66 c. Ci à déduire.	26,666 fr. 66 c.
Reste pour le légataire universel, 6,666 fr. 66 c., ci.	6,666 fr. 66 c.

Dans ce cas, la donation, au lieu de subsister exclusivement au profit du donataire, subsiste au profit des deux enfants qui se la partagent également, indépendamment de leur réserve. En effet, le rapport n'annule pas la donation : même à l'égard du cohéritier, il en laisse subsister des effets importants (art. 859, 860); mais à l'encontre des créanciers et des légataires, le rap-

port laisse la donation intacte dans toutes ses conséquences [1].

Tout autre résultat violerait le principe suivant lequel les créanciers et les légataires ne peuvent profiter ni directement, ni indirectement, soit du rapport, soit de la réduction.

32. Et ce principe lui-même se déduit de la règle fondamentale : *Donner et retenir ne vaut.*

La valeur logique de cette règle est assez généralement contestée; parce qu'elle avait, dans l'ancien droit, une raison d'être qu'elle n'a plus aujourd'hui, on dit volontiers qu'elle n'en conserve plus aucune, et qu'elle subsiste dans le Code par la seule force de la routine.

Je crois cette idée profondément erronée : la faculté laissée au donateur de révoquer arbitrairement la donation, engendrerait des haines et des irritations sans nombre :

Un bienfait reproché tint toujours lieu d'offense!

Que serait-ce d'un bienfait donné et repris ensuite par l'effet d'un caprice?

Mais, dit-on, cette faculté de révoquer existe dans les contrats de mariage, et c'est là surtout qu'elle paraît fâcheuse, car elle enlève à l'établissement des nouveaux époux la stabilité que requièrent leurs charges bientôt naissantes.

Sans doute la faculté de révoquer la dot convient fort mal au caractère de cette institution et aux exigences de la situation des parties. Aussi, là où elle est permise, on ne s'en avise guère, et dans les contrats de mariage elle est fort peu usitée.

33. Ceci me fournit un argument de plus :

La plupart des avancements d'hoirie sont constitués par contrat de mariage; là, le père de famille pouvait se réserver la faculté de reprendre, et réduire, à tout événement, l'enfant doté à sa part dans la réserve légale. S'il l'eût fait, peut-être la famille contractante eût reculé et refusé son alliance.

Mais il ne l'a pas fait, et le mariage s'est contracté sous la foi d'une parole irrévocablement donnée. Quelle que soit la valeur intrinsèque du principe *donner et retenir ne vaut*, ce principe acquiert ici une consécration formelle, puisque le père n'y a pas

[1] *V.* en ce sens MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. V, § 684 *ter*, note 13.

dérogé, le pouvant faire. Il est maintenant engagé dans son honneur comme dans ses biens, à l'égard de la famille qui a accepté son alliance.

Si ces considérations sont vraies, que devient cette raison tant de fois invoquée : « Par cela seul qu'il n'a disposé qu'à titre d'avancement d'hoirie, sans dispense de rapport, le père s'est réservé *implicitement* la faculté de disposer ultérieurement de sa fortune? » Cet effet qu'on attribue à la volonté *implicite* du père, sa volonté *expresse* ne pourrait le produire dans un acte ordinaire de donation [1], et dans un contrat de mariage, cet effet ne peut résulter que d'une réserve expresse et insolite. Comment! dans un contrat de mariage le père se soumet de plein droit à l'obligation de garantie dans toute sa rigueur (art. 1440, 1547), et l'on veut qu'il ne soit pas tenu de la garantie de ses faits personnels!

Disons donc hautement qu'un seul droit peut prévaloir contre le droit du donataire : les droits des autres enfants pour l'obtention de leur réserve. Le gendre qui reçoit la dot ou les parents de la nouvelle épouse, savent du moins à quoi s'en tenir, et peuvent fonder leurs prévisions sur la composition de la famille à laquelle ils s'allient.

34. Mais si le père donateur est soucieux, avant tout, de l'égalité entre ses enfants, s'il croit que la concorde entre les frères est à ce prix, ne peut-il pas au moins l'assurer par une disposition expresse?

Rien de plus simple : qu'il impose à l'enfant doté l'obligation expresse du rapport [2]. Tandis que, dans les cas ordinaires, il associe éventuellement ses autres enfants au bénéfice de la donation dans une proportion inégale, par cette clause il les associe à ce bénéfice, en stipulant le partage égal. Il ne se pourrait pas faire que le principe respectable de l'égalité ne prévalût pas, quand il est consacré par la volonté du père de famille et quand

[1] En ce sens qu'une pareille clause annulerait la donation dès le jour du décès pour tout ce qui excéderait les droits successifs du donataire; et cette annulation produirait un effet plus grave que le rapport. (*V.* art. 859 et 860, et *suprà*, n° 31.)

[2] Ce point de mon sujet a besoin d'être complété par l'étude d'une clause fort connue en jurisprudence sous le nom de *promesse d'égalité*. J'y reviendrai dans un prochain article.

il modifie, au moment de sa naissance, le droit constitué au donataire.

Mais prenons bien garde que cette clause ne devra produire ni plus ni moins d'effet que l'obligation légale du rapport, subie spontanément par le donataire, quand il accepte à son détriment la succession (V. *suprà*, n° 31). Si on l'entendait en ce sens que l'enfant, obligé à accepter la succession, verra sa donation entièrement résolue jusqu'à concurrence de sa propre réserve et de celle de ses frères, cette clause reviendrait à faire porter indirectement sur les biens donnés l'effet des libéralités postérieures à la donation. Si c'est là ce que veut le père, si c'est non pas l'égalité entre ses enfants qu'il veut assurer, mais le plein exercice de son autorité, libre à lui : nous sommes en matière de contrat de mariage, la clause est licite ; mais qu'elle soit claire, qu'elle soit précise, car là, plus que partout ailleurs, la bonne foi et la loyauté doivent présider à la convention.

Conclusion.

35. En somme, la dissidence profonde qui règne sur notre question entre la jurisprudence et la doctrine, tient à une théorie entièrement différente, de part et d'autre, sur la nature de l'avancement d'hoirie.

La plupart des auteurs font de l'avancement d'hoirie un titre de sa nature précaire ; par suite, le bénéfice accordé au donataire de s'affranchir du rapport, leur apparaît comme une disposition exorbitante et dont il convient de restreindre les effets.

La Cour de cassation, suivant les errements de l'ancien droit commun de la France, part de l'idée toute contraire : elle fait de l'avancement d'hoirie un titre de sa nature irrévocable, sujet seulement à résolution totale ou partielle, par l'effet de l'action en réduction. Elle considère la faculté de renoncer à la succession, comme justement établie en faveur du donataire, pour garantir le principe de l'irrévocabilité des donations contre la rigueur de l'obligation du rapport. Cette renonciation faite par l'enfant donataire, dans le but unique de s'affranchir du rapport, n'a donc rien de commun que le nom avec la renonciation ordinaire ; elle ne saurait avoir pour effet de rendre le donataire

étranger à la famille, car aucun brocard de droit ne peut empêcher que cet enfant ne conserve entre ses mains *une portion de la substance du père*. L'ancienne doctrine avait introduit cette distinction en l'absence de tout texte précis, parce qu'elle résultait des rapports nécessaires de la famille ; et comme ces rapports n'ont pas changé, la jurisprudence moderne, depuis plus de vingt ans, l'a de nouveau consacrée.

Pour moi, je n'ai pas la prétention de ramener à cette jurisprudence tous les auteurs distingués qui se sont si vivement engagés contre elle ; mais je serais heureux si ces recherches patientes et tout à fait désintéressées pouvaient au moins dissiper quelques préventions, et adoucir, sur cette matière, les violences de la polémique.

GABRIEL DEMANTE.

LES LÉGATAIRES UNIVERSELS OU A TITRE UNIVERSEL SONT-ILS TENUS *ULTRA VIRES* DES DETTES DU DÉFUNT?

Critique de l'arrêt de cassation du 13 août 1851.

Par M. FÉLIX BERRIAT-SAINT-PRIX,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

L'école est, je crois, unanime à décider que les légataires à titre universel et les légataires universels non saisis ne sont point tenus des dettes de leur auteur *ultra vires successionis*. La Cour de cassation juge néanmoins le contraire [1]. A plus forte raison déciderait-elle ainsi dans l'hypothèse où le légataire universel ne vient pas en concours avec des héritiers à réserve, hypothèse sur laquelle l'école est divisée.

Rétablissons d'abord les principes sur le premier point.

Il est certain que les acquéreurs à titre universel sont tenus

[1] Arrêt de cassation du 13 août 1851 (Sirey-Devill., 1re part., p. 657), rendu sous la présidence de M. Bérenger, au rapport de M. Laborie, sur les conclusions *conformes* de M. Nicias-Gaillard. L'arrêt cassé est de la Cour d'Agen (7 déc. 1849).

des dettes de leur auteur ; c'est même là qu'il faut chercher la source de l'erreur de la Cour suprême. Les successeurs à titre universel recueillent la totalité ou une fraction numérique du patrimoine. Le *patrimoine* est un être de raison, *nomen juris*, comme disent les jurisconsultes romains. C'est la collection des droits et des obligations d'une personne ; c'est l'actif et le passif réunis ; c'est une combinaison de deux éléments que l'acquéreur ne peut disjoindre à son gré : les biens proprement dits et les dettes. Il ne saurait dépendre du légataire de diviser l'universalité qui lui est léguée ; de s'attribuer les avantages et de repousser les charges ; de s'approprier les biens et de se libérer des dettes. Les *biens* (c'est-à-dire la masse des biens) du débiteur sont le gage de ses créanciers ; il ne peut en disposer à leur préjudice. Son ayant cause ne les acquiert donc que sous la réserve de leurs droits : BONA *intelliguntur cujusque quæ, deducto ære alieno, supersunt*[1]. Donc les légataires universels ou à titre universel, saisis ou non saisis, sont incontestablement tenus des dettes du défunt.

Mais en sont-ils tenus indéfiniment, ou, pour employer l'expression consacrée, *ultra vires*? Telle est la question.

Si l'on ne veut l'envisager que sous un point de vue mathématique, on reconnaît sans doute qu'une des formes possibles du patrimoine consiste à descendre au-dessous de zéro. L'élément passif est parfois plus considérable que l'élément actif : c'est le cas de l'insolvabilité. Le patrimoine est alors une valeur négative. « Il me manque, disait César, douze millions pour être vis-à-vis de rien. » Faut-il en conclure que toute acquisition d'un patrimoine est une opération aléatoire susceptible de se résoudre en une perte et d'aboutir à un véritable sacrifice?

Tout au plus pourrait-on le soutenir s'il s'agissait d'une acquisition à titre onéreux. On conçoit qu'un spéculateur consente, en échange d'une somme fixe, à courir les chances d'une liquidation embrouillée, et se résigne à subir une perte, après avoir eu l'espérance de réaliser un bénéfice considérable. Encore ne présumera-t-on pas volontiers une intention de ce genre chez deux

[1] *V.* fragm. 39, § 1, Digest., *De verborum significatione.*

contractants. Les circonstances de l'affaire, et surtout l'importance du prix d'achat comparé à la valeur apparente de l'actif du patrimoine vendu, serviront à decouvrir la véritable pensée des parties. — Je raisonne exclusivement ici dans l'hypothèse d'une disposition testamentaire.

Le but essentiel, le seul but raisonnable que puisse se proposer un testateur en formulant un legs, c'est de faire une libéralité. L'étendue de cette libéralité est variable; elle peut être ignorée du testateur lui-même, s'il ne connaît pas le chiffre précis de son actif net. Un homme a des dettes non liquides ou litigieuses; ses affaires sont en désordre; il n'a pas établi la balance de son actif et de son passif; en léguant ses biens, il ne sait pas combien il donne; toujours est-il qu'il veut donner [1]. Les anciens Romains poussaient si loin le principe d'après lequel la libéralité est de l'essence du legs, qu'ils avaient interdit les legs à titre de peine; ils ne voulaient pas qu'à la bienveillance du défunt pour le légataire se mêlât un sentiment de vengeance contre l'héritier.

La pensée de celui qui accepte un legs est moins douteuse encore : il veut faire un bénéfice; *certat de* LUCRO *captando*. S'il consent à recueillir l'universalité des biens du défunt, ce n'est pas sans doute la perspective des charges qui le détermine, mais l'espoir de devenir propriétaire ou créancier. Son but est de s'enrichir et non de perdre; d'acquérir et non d'aliéner ou de s'imposer une charge. Il n'a pas d'ailleurs besoin de s'engager d'avance, lors même qu'il aurait conçu le projet de faire honneur aux obligations du défunt : on est toujours libre de payer la dette d'autrui. Donc l'acceptation d'un legs n'a rien d'aléatoire, si ce n'est tout au plus en ce sens que le bénéfice espéré peut se réduire à rien.

Ainsi, dans la pensée probable du légataire et du disposant, le legs n'implique point un assujettissement sans limites à payer les dettes de l'hérédité.

Je vais plus loin : quand même le testateur aurait la volonté

[1] Le legs est qualifié *donation testamentaire* dans les articles 711 et 1423. Cette dénomination, déjà employée par Ricard et Pothier, avait prévalu dans le projet de Code civil soumis aux tribunaux.

bien arrêtée d'infliger une perte et de grever le légataire au delà de son émolument, cette volonté illibérale devrait rester sans effet. Il n'est donné à personne d'obliger un tiers malgré lui ; si un testateur peut imposer des charges, c'est dans les limites de ce qu'il donne, en vertu de cette idée que, libre de ne pas donner du tout, il est libre de donner sous condition. Justinien décide expressément que la faculté de grever de fidéicommis n'excède jamais la valeur directement léguée : *Observandum est*, disent les Institutes [1], *ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur*. L'analogie autorise [2] à décider qu'un insolvable ne saurait forcer son légataire de supporter une somme de dettes supérieure à l'actif qu'il lui transmet.

Ce que la volonté de l'homme est impuissante à accomplir, la loi peut le faire. Le législateur, qui défère les successions *ab intestat*, est maître de subordonner l'attribution des droits à l'acquittement des dettes. Il peut considérer le patrimoine comme un tout indivisible, et exiger que l'héritier le prenne ou le répudie dans son ensemble.

Tel est le résultat de l'antique fiction qui fait de l'héritier le continuateur, le représentant de la personne du défunt. Le patrimoine est censé ne pas changer de maître ; il reste ce qu'il était ; les obligations dont l'ensemble constituait le passif, subsistent dans toute leur étendue. L'héritier ne peut s'en libérer que comme un débiteur ordinaire, par un payement intégral, et non par l'abandon de l'actif qu'il possède à une époque donnée. En effet, le débiteur primitif est toujours le même : il n'a pas changé légalement.

L'origine de cette fiction rigoureuse qui néglige et sacrifie au besoin l'intention probable du testateur et celle de l'héritier trouve son explication dans des usages politiques ou religieux assez étrangers à nos mœurs. Nous n'avons rien chez nous d'analogue aux *sacra privata* dont la transmission inquiétait si fort les Romains. Aussi peut-on regretter à bon droit que les rédac-

[1] *De singul. reb.*, § 1 ; fr. 1, § 17, Dig., *ad S. C. Trebell.*

[2] Quoi qu'en dise M. Duranton, VII, n° 14, à la note, contre le sentiment de Lebrun.

teurs du Code civil n'aient pas présumé l'acceptation bénéficiaire en thèse générale [1]. L'héritier serait demeuré libre de satisfaire intégralement les créanciers du défunt; il aurait été, dans tous les cas, responsable envers eux de l'actif par lui recueilli; jamais il n'aurait été victime de l'acquittement prématuré des legs.

Admettons que la loi, pour exciter l'héritier à remplir les engagements de son auteur, ait voulu le placer dans la nécessité d'exprimer d'une manière authentique l'intention contraire. Il est constant du moins que la transmission intégrale de l'obligation a seulement lieu dans les cas où la loi l'effectue, c'est-à-dire au détriment des héritiers légitimes, les seuls dont on dise qu'ils continuent la personne [2]. A l'égard des autres successeurs à titre universel, ils ne sont tenus des dettes que par voie de déduction (DEDUCTÓ *ære alieno*); ils sont forcés de laisser retrancher le passif de l'actif; mais quand l'actif est épuisé, la soustraction devient impossible [3]. En d'autres termes, ils ne peuvent toucher à l'actif qu'autant que les créanciers du défunt se trouvent satisfaits, ce qui aboutit à créer au profit de ces derniers une sorte de privilége, mais ne leur confère aucun droit de gage sur le patrimoine des successeurs à titre universel.

On prouverait aisément par des textes que les Romains ne considéraient, comme succédant aux obligations du défunt, que l'héritier et ceux qui étaient *heredis loco*, savoir le fidéicommissaire d'hérédité et le *bonorum possessor* que les sénatus-consultes ou l'édit du préteur assimilaient à l'héritier au moyen d'actions utiles. Le légataire partiaire, qui correspondait au légataire à titre universel du Code civil, était si peu tenu envers les créanciers, que l'héritier, avant le partage, devait stipuler du légataire le remboursement des charges que lui, héritier, aurait été forcé d'acquitter. Ces stipulations, dites *partes et pro parte*, ne procuraient à l'héritier qu'une sécurité incomplète; elles furent

[1] Toullier, d'après Wolf, considère le bénéfice d'inventaire comme un retour au droit naturel (t. IV, nos 352 à 354); *V.* cependant M. Duranton (t. VII, n° 6).

[2] *Quasi* CONTINUATUR *dominium* (Instit., § 3, *De heredit. ab intestato*); *possessio heredi* CONTINUATUR (*ibid.*, § 12, *De usucapionibus*). L'expression *continuer* n'est pas employée par le Code civil; mais on lit dans l'article 1220 que les héritiers « sont saisis ou sont tenus des dettes comme *représentant* le créancier ou le débiteur. »

[3] *V.* mes *Notes sur le Code civil*, t. II, n° 2504.

plus tard supprimées comme dangereuses (*captiosæ*), de l'avis de Papinien, dans les rapports de l'héritier et du fidéicommissaire universel [1].

Je craindrais, en multipliant les exemples analogues, de sortir des bornes naturelles de cet article [2].

Je dois avouer d'ailleurs que le legs partiaire était bien peu usité à Rome. La loi permettait et l'usage prescrivait au testateur d'instituer un héritier, véritable continuateur de la personne. Si les rédacteurs du Code civil avaient adopté cette tradition; s'ils avaient présumé chez le mourant qui lègue à titre universel la volonté de se donner un représentant juridique complet, la doctrine de la Cour de cassation serait inattaquable. Mais le contraire me paraît constant, bien que la jurisprudence des pays de droit écrit eût consacré les institutions d'héritier, et que l'ordonnance de 1735 ne l'eût point modifiée. La plupart des coutumes avaient aboli la nécessité de l'institution; quelques-unes allaient jusqu'à la déclarer nulle, et ne souffraient pas qu'elle produisît même l'effet d'un legs ordinaire. « *Institution d'héritier n'a lieu*, » disent les coutumes de Paris (art. 299) et d'Orléans (art. 287). Néanmoins, ajoute Pothier en commentant ce texte, « si un testateur s'était exprimé ainsi : J'institue pour mon héri- » tier un tel, la disposition ne laisserait pas de valoir, non comme » institution d'héritier, mais comme un legs universel..... Cet » institué *ne serait pas un héritier, mais seulement un léga-* » *taire universel.* » On reconnaît sans doute dans ce passage une analogie suffisante avec l'article 1002 du Code civil :... Chaque disposition testamentaire, « soit qu'elle ait été faite sous la » dénomination d'*institution d'héritier*, soit qu'elle ait été faite » sous la dénomination de *legs*, *produira son effet* SUIVANT LES » RÈGLES *établies* POUR LES LEGS... » Qui croirait que la Cour de cassation a vu dans l'article 1002 la preuve d'une « assimilation

[1] *V.* Galus, Inst., II, 252 à 258; Ulpien, regul. XXV, 15; Instit. de Justinien, § 7, *De fideicommiss. hereditat.*; Vinnius, sur le § 5, *eod.*

[2] *V.*, pour l'acquisition par adrogation, les Instit. de Justinien, III, 10, § 3; et pour la constitution de dot, la loi 72, Dig., *De jure dotium :..... Quæro an maritus, quasi heres, oneribus respondere cogatur?* Paulus respondit eum..... a creditoribus *conveniri non posse; sed non plus esse in promissione bonorum, quam* QUOD SUPEREST DEDUCTO ÆRE ALIENO.

de tous les successeurs à titre universel? » ce qui, dans la pensée de la Cour, signifie une assimilation des légataires aux héritiers; en effet, elle en conclut que les légataires à titre universel sont tenus *ultra vires*. Mais puisque, aux termes de l'article 1002, une institution d'héritier doit produire *son effet suivant les règles établies pour les legs*, n'est-il pas évident, au contraire, que le Code assimile les héritiers institués à des légataires universels ou à titre universel [1]? »

La prétendue assimilation qu'il plaît à la Cour suprême d'établir entre les successeurs à titre universel est directement contraire à une distinction presque banale entre les successeurs *aux biens* et les successeurs *à la personne*, distinction consacrée par les sources. Ici je n'ai que l'embarras du choix; je citerai seulement Boullenois et Pothier. « Dans le pays coutumier, dit Boul-» lenois, *gignuntur non scribuntur heredes;* quelque disposi-» tion universelle que fasse le testateur, il fait un simple *successeur* » *de biens* et non un héritier..... Dans les pays de droit écrit, le » testateur peut non-seulement disposer des *biens* de la succes-» sion, mais encore de la *succession* en elle-même, du *nomen* » *juris;* il peut se créer un héritier...; cet héritier créé n'est pas » simplement *successor bonorum*, il est *successor juris*. » — « Les légataires et donataires universels, dit Pothier, sont tenus » des dettes...; mais comme ils n'en sont tenus que parce que » les dettes sont une *charge des biens* légués ou donnés, ils n'en » sont pas tenus *ultra vires;* ils peuvent se décharger des dettes » en abandonnant les biens, et en cela ils diffèrent des héri-» tiers. » On ne doit pas s'étonner, après cette lecture, si la distinction entre les acquéreurs qui succèdent aux biens et ceux qui succèdent à la personne [2] est connue des étudiants eux-mêmes.

[1] *V.* mes *Notes sur le Code civil*, t. II, nos 3614-15. — M Marcadé interprète de même l'article 1002; il cite des expressions remarquables du Tribunat, d'après lesquelles on a voulu « annoncer que les *effets attachés* par les lois romaines *au titre d'héritier* sont entièrement *détruits*. »

[2] A vrai dire, ces expressions ne me semblent pas rigoureusement exactes, car, même dans les acquisitions à titre particulier, il y a *transmission* d'un *droit* et une *personne succède* à une autre; il y a un auteur et un acquéreur. Mais cette observation ne diminue en rien la justesse de l'idée principale, savoir que l'héritier est tenu de la dette comme s'il l'avait contractée lui-même, tandis que les autres successeurs en sont tenus à l'occasion de l'émolument qu'ils recueillent, et, par suite, jusqu'à due concurrence.

Les éminents jurisconsultes qui siégent à la Cour de cassation ont-ils cru pouvoir s'en débarrasser par voie de prétérition non motivée?

Ils invoquent les articles 1009 et 1012, en vertu desquels les légataires d'universalité sont *tenus* des dettes; mais personne ne le conteste. Les légataires sont-ils tenus *ultra vires?* voilà ce que les articles cités ne disent point. Pothier aussi commence par déclarer les légataires universels *tenus;* cela ne l'empêche pas d'ajouter plus loin qu'ils sont tenus jusqu'à concurrence des biens. Quant à l'article 871, qui astreint le légataire à titre universel à *contribuer au prorata de son émolument*, s'il prouve quelque chose, c'est contre l'arrêt [1].

« L'obligation personnelle, ajoute la Cour, existe avec toutes » ses conséquences, soit que la saisine procède de la loi, *soit* » *qu'elle procède de la délivrance* [2]..... Il serait contraire à sa » nature de se limiter selon la consistance et l'origine de certains » biens advenus au débiteur. » Cela est certain quand il s'agit du débiteur même qui a contracté, ou du continuateur de sa personne; mais les légataires à titre universel continuent-ils la personne du défunt? C'est ce que la Cour devait démontrer. L'obligation personnelle n'existe point avec toutes ses conséquences pour l'héritier bénéficiaire; elle se limite pour lui aux biens qui lui sont advenus. Il est vrai que, d'après un autre considérant, « la loi n'a pas établi en faveur de l'héritier institué » une qualité de successeur bénéficiaire qui subsisterait de plein » droit. » Je réponds que la loi n'en avait pas besoin, d'abord parce que son silence suffisait pour protéger les successeurs testamentaires; ensuite parce qu'elle assimile expressément les héritiers institués à des légataires universels (art. 1002).

L'obligation du successeur, dit encore la Cour, « a pour cause » la confusion des biens du défunt avec ceux du légataire...; de

[1] Il en est de même de l'article 873 *in fine*. — Il était utile de déclarer les légataires obligés directement envers les créanciers, *celeritate conjungendarum actionum*, comme dit Pothier (*Orléans*, XVI, 120), parce que le résultat contraire avait lieu en droit romain (ci-dessus, p. 171).

[2] Ce considérant répond à l'argumentation de l'avocat des défendeurs, M. Morin, dont la plaidoirie a eu presque uniquement pour but de prouver que la délivrance ne doit pas produire les mêmes effets que la saisine.

» sorte qu'ils deviennent le gage de ses propres créanciers. » La confusion des patrimoines est en question tout aussi bien que l'obligation personnelle. Du moment que le successeur ne continue pas la personne, son patrimoine n'est pas confondu avec le patrimoine de son auteur (art. 802, 2°); ou, s'il est confondu, c'est uniquement avec l'actif *net* de l'hérédité : telle est la limite de son acquisition, et partant du gage de ses créanciers personnels.

L'arrêt fait observer que le titre du légataire à titre universel « ne constate pas par lui-même la consistance et valeur des effets » de la succession [1]. » Ici la Cour touche indirectement à une question de fait. Si un acquéreur prend possession des biens légués sans inventaire; s'il vend les immeubles de gré à gré, sans faire constater la fixation ou le payement du prix; s'il emploie ce prix sans s'inquiéter de la manière dont il rendra compte aux créanciers et aux légataires particuliers, il s'expose à se voir condamné pour des dettes qui excèdent en réalité son émolument; les créanciers sont fondés à prétendre qu'il a dû percevoir des valeurs plus considérables qu'il ne l'avoue, puisqu'il ne justifie pas suffisamment de leur consistance. Les articles 1416-2°, 1483 et 1510 du Code civil ont été dictés par un motif analogue. On aurait tort d'en induire la nécessité d'une acceptation au greffe.

En résumé, je ne crois pas que l'arrêt du 13 août 1851 doive faire jurisprudence.

Si, dans l'espèce, le légataire avait été saisi de plein droit, par suite de l'absence d'héritiers à réserve, la décision aurait pu s'appuyer sur des arguments plus sérieux [2].

La loi, dirait-on, assimile bien alors le légataire universel aux héritiers légitimes [3], puisqu'elle lui donne, comme à eux, la saisine, et que, pour la lui donner, elle la leur retire; elle le met

[1] Cette phrase est extraite du *Traité des donations et testaments* de Grenier (n° 313), livre qui peut être regardé comme la source de l'arrêt du 13 juin.

[2] L'avocat des défendeurs en cassation, M. Morin, l'a présentée comme *incontestable;* l'arrêt cassé semble aussi rédigé dans ce sens. On va voir si c'est avec raison.

[3] *Loco defuncti habetur*, dit M. Chauveau (sur Carré, quest. 755) pour unique argument, mais sans indiquer la source de cet adage latin.

en quelque sorte à leur place; or, à son défaut, les créanciers eussent trouvé en eux des débiteurs indéfiniment obligés. Le Code civil veut d'ailleurs que la personne du défunt soit représentée, autant que possible, dans l'intérêt de ses créanciers : il appelle dans ce but, à la succession, jusqu'à des collatéraux au douzième degré. La qualification d'*héritier testamentaire* a été bien des fois employée dans les travaux préparatoires; et si elle ne se retrouve pas dans le texte du Code, on lit du moins dans l'article 2111 l'expression de *représentants*, qui semble appliquée à d'autres qu'aux héritiers légitimes. Enfin, l'intention du défunt ne saurait être douteuse quand il déclare formellement qu'il veut *instituer* un *héritier*.

Malgré la force de ces raisons, j'incline à ne pas considérer le légataire universel comme obligé *ultra vires*, même quand il est saisi [1].

De ce que deux personnes se ressemblent sous un certain point de vue, s'ensuit-il nécessairement qu'elles se ressemblent sous tous les autres? Le législateur confère au légataire un privilége exceptionnel; s'ensuit-il nécessairement qu'il ait voulu lui conférer un autre privilége, ou plutôt étendre à son détriment une fiction plus onéreuse qu'utile? Le mot saisine est assez obscur, et l'on peut, à la rigueur, lui donner une signification large qui comprendrait une sorte de subrogation illimitée au passif du défunt; mais cette signification ne saurait se présumer; autrement, on grèverait un exécuteur testamentaire des dettes mobilières de la succession (*V.* art. 1026). Elle doit d'autant moins se présumer dans l'article 1006, que le législateur ajoute sur-le-champ, comme pour mieux expliquer sa pensée : « ..... sans être tenu de demander la *délivrance;* » on ne retrouve pas ici, à la différence de l'article 724, les mots : « sous l'obligation d'acquitter » *toutes* les charges de la succession [2]. »

[1] *V.* mes *Notes sur le Code civil*, t. II, n° 3636. — M. Marcadé (art. 1002, n° 2, et art. 1006, n° 2) est du même sentiment.

[2] Sous ce rapport, je serais presque tenté de souscrire au jugement de M. Vazeille (*Successions*, art. 793, n° 10), d'après lequel *il n'y a que de la subtilité* dans la distinction entre les légataires saisis et non saisis. « Le défaut de saisine » immédiate, dit cet auteur, est une circonstance qui ne change au fond ni leurs » droits ni leurs devoirs. *Nous ne voyons que le Code* qui assimile aux héritiers

La loi veut-elle impérieusement que la personne des débiteurs insolvables soit continuée? Il est permis d'en douter, quand on voit des successeurs irréguliers, qui ne sont point héritiers (art. 756), investis de la totalité des biens, et le bénéfice d'inventaire offert, sans restriction, à tous ceux qu'on décore du titre d'héritiers légitimes. A vrai dire, la doctrine que je soutiens ne prive pas les créanciers d'une garantie bien solide : l'acceptation pure et simple d'une hérédité suspecte est assez peu probable de la part des collatéraux, même en deçà du douzième degré.

Que la qualification d'héritier testamentaire ait été donnée au légataire universel dans les travaux préparatoires, c'est ce qui doit peu surprendre. La jurisprudence des pays de droit écrit a eu ses partisans parmi les rédacteurs du Code. La lutte qu'ils ont engagée a eu pour résultat d'investir de la saisine le légataire universel, en l'absence d'héritiers à réserve. On chercherait vainement l'article 1006 dans le projet soumis aux tribunaux d'appel; en revanche on y lit, sous le n° 108, la disposition suivante : « Le légataire à titre universel est tenu, COMME HÉRITIER, » personnellement *pour le tout*, des dettes et charges de la suc- » cession du donateur. » Cette disposition se retrouve dans les articles 1009 et 1012, mais singulièrement modifiée; car les mots *comme héritier* ont complétement disparu.

A l'égard de la mention faite dans l'article 2111 de *représentants* du défunt qui seraient distincts des héritiers du sang, je ne sais si l'on doit y attacher beaucoup d'importance. Elle est incidemment jetée dans une matière tout à fait étrangère à la nôtre; le rédacteur ne s'inquiète pas, dans l'article 2111, de savoir si les créanciers des légataires universels devront supporter indéfiniment le passif du défunt; il songe au contraire à les empêcher de venir prendre part à l'actif héréditaire, du chef d'un légataire universel insolvable. D'ailleurs, la dénomination de représentant, prise dans un sens large, peut très-bien s'appliquer au légataire d'universalité, puisqu'il recueille la masse de l'actif et supporte même la masse des dettes jusqu'à concurrence de son émolument.

» légitimes ceux qu'il permet à l'homme de nommer. » Où donc M. Vazeille a-t-il vu cela? Serait-ce dans l'article 1002?

Enfin l'argument tiré de la volonté probable, ou peut-être expresse du défunt, n'est pas concluant, s'il est vrai, comme je crois l'avoir démontré, que le testateur ne saurait grever son légataire au delà de la valeur qu'il lui attribue.

Si l'on parcourt les auteurs, on en trouve un assez grand nombre qui ont cru que l'acquisition de l'universalité suffit pour impliquer obligation *indéfinie* au payement des dettes. A leur tête marchent Merlin (*Rép.*, mot *Légataire*, § 7, ij, n° 17) et Grenier (n° 313). Puis viennent Favard de Langlade (mot *Testament*, sect. 2, § 2, n° 9), l'annotateur de Grenier, M. Bayle-Mouillard, celui de Chabot, M. Belost-Jolimont (art. 774, n° 3); M. Vazeille (*sup.*), M. Taulier (IV, p. 150 et 154)[1].

« La matière des successions, s'écrie avec chaleur M. Bayle-» Mouillard, est une de celles que notre régénération sociale a » le plus profondément atteintes..... Plus de priviléges odieux » pour les personnes! plus de formules sacramentelles dans les » dévolutions testamentaires!... » — Ici je ferai observer, entre parenthèses, que la prétention de ne pas être victime d'une libéralité trompeuse, et le refus de payer une dette que l'on n'a point soi-même contractée, n'ont rien d'odieux; si la faculté de ne pas confondre le patrimoine d'un insolvable avec le sien propre constituait un privilége inique, la loi n'eût point dû l'accorder à l'héritier bénéficiaire, ni à la femme commune en biens. A l'égard des formules sacramentelles, elles sont bien supprimées; il n'est plus besoin, pour tester valablement, d'*instituer* un héritier. S'ensuit-il qu'on pourra désormais léguer des dettes sans donner de quoi les payer?

« Cette réformation, continue M. Bayle-Mouillard, aurait-elle » été incomplète? Le législateur moderne aurait-il maintenu » deux espèces de légataires universels, représentant, les uns, » la personne et les biens; les autres, les biens et non la per-» sonne? » M. Bayle-Mouillard distingue ensuite les cas de saisine et de non-saisine, et se demande, dans ce dernier, « qui repré-» sentera la personne? » Ainsi, la réforme que n'a pu manquer

[1] M. Taulier ne donne aucun motif, si ce n'est que le légataire *a la propriété* même quand il n'a pas la saisine; or ce motif s'appliquerait tout aussi bien aux légataires particuliers qu'aux légataires à titre universel.

d'accomplir notre régénération sociale, consisterait à rendre commune aux légataires, pour leur nuire, une fiction que les Romains avaient créée pour les héritiers seulement! Telle est bien la pensée de l'auteur; car il termine en louant la *sagesse* de la loi romaine et en citant le fragment 128, § 1, Dig., *De regulis juris : Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur.* Ce texte est aussi l'argument fondamental de M. Coin-Delisle (art. 1003, n° 10), et, je regrette de le dire, de Merlin. Si ces savants jurisconsultes avaient pris la peine de consulter l'explication de Cujas [1] ou même de Pothier, ils auraient vu que cette loi ne s'occupe nullement des légataires. Les successeurs dont elle parle sont les fidéicommissaires d'hérédité, assimilés aux héritiers par le sénatus-consulte Trébellien, et sans doute aussi les *bonorum possessores* assimilés aux héritiers par les édits des préteurs. A l'égard des légataires, ils n'ont jamais été regardés comme *juris successores* [2].

Je demande la permission de résumer en peu de mots les conclusions de cet article :

1° Les acquéreurs d'universalité ne sont tenus de supporter les dettes de leur auteur que par voie de déduction; or cette déduction ou soustraction est impossible quand l'actif est absorbé.

2° Le testateur, en faisant un legs, n'est pas censé vouloir infliger une perte; le légataire, en acceptant, n'est pas censé vouloir subir un préjudice.

3° Le testateur ne pourrait pas, quand même il le voudrait, grever le légataire d'une charge supérieure à l'émolument légué.

4° La fiction romaine de la continuation de la personne, admise de tout temps à l'égard des héritiers (auxquels elle ne peut que nuire chez nous), n'a jamais été étendue aux légataires. Le Code civil, en particulier, a voulu plutôt assimiler les héritiers institués à des légataires qu'assimiler les légataires universels à des héritiers légitimes.

[1] Sur la loi 12, § 1, Dig., *De publiciana actione;* Paul., lib. 19, *ad edictum.*
[2] *V.* § 11, Instit., *De testam. ordinandis;* ci-dessus, p. 171.

5° Il ne suffit pas, selon moi, pour étendre cette onéreuse fiction au légataire universel, en l'absence d'héritiers à réserve, de la saisine que lui octroie l'article 1006, par concession aux souvenirs de la jurisprudence méridionale.

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

DROIT ADMINISTRATIF.

Des mots *effet rétroactif* et *droits acquis*, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire.

Par M. JOUSSELIN,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
auteur du *Traité des Servitudes d'utilité publique*.

Les règlements émanés du pouvoir administratif, dans les matières de son domaine, ne saisissent-ils exclusivement que les faits à venir, ou saisissent-ils même les faits existants au moment de leur promulgation?

La Cour de cassation a récemment jugé (1er mars 1851, aff. Claisse, Sirey-Devilleneuve, 7e cahier, p. 544) que l'autorité municipale a le droit de prescrire l'*abandon* d'écuries donnant sur la voie publique, et d'enjoindre de renfermer les animaux dans des écuries situées derrière les habitations ou donnant dans les cours. Par là l'arrêt décide, en principe, que les règlements de police saisissent même les faits *existants*. Un grand nombre de décisions antérieures avaient déjà appliqué cette doctrine.

Cependant un arrêt de la même Cour, du 3 décembre 1840 (Maître et autres, Sirey, 1841, p. 83), jette quelque incertitude sur la question. Le Tribunal de Melle avait jugé « que si l'autorité municipale peut, par des motifs de sûreté publique, défendre *pour l'avenir* la construction de couvertures de bâtiments en paille, chaume et roseaux ; que si elle peut même prohiber la réparation de celles existantes autrement qu'avec des tuiles ou ardoises, afin de les faire disparaître progressive-

» ment, ainsi que la Cour de cassation l'a décidé plusieurs fois [1], » ce droit ne peut cependant être étendu jusqu'à lui reconnaître » celui d'*ordonner la destruction* des couvertures des bâtiments » ou loges faites avec des pailles, chaumes et roseaux, à une » époque où aucune loi ou aucun règlement n'en prescrivait » l'emploi.....; que ce serait non-seulement porter une grave » atteinte au droit sacré de propriété reconnu et proclamé par » nos lois civiles et constitutionnelles, mais encore anéantir le » principe conservateur de la *non-rétroactivité*, sans lequel il » n'y aurait, dans la société, que trouble et perturbation..... » Sur le pourvoi dirigé contre ce jugement par le ministère public, la Cour de cassation a statué en ces termes : « Attendu que, dans » l'état des faits qui l'ont déterminé, le jugement dont il s'agit » n'a fait qu'appliquer légalement les principes qui régissent la » matière, rejette. » C'est là tout l'arrêt. Sans doute le laconisme inusité et l'attitude contrainte de cet arrêt indiquent, de la part de la Cour, l'intention bien positive de se réserver et de n'engager aucun principe; mais il n'en est pas moins vrai que la Cour s'est approprié, en définitive, les motifs du jugement, et que par là elle a décidé, comme lui et avec lui, qu'un règlement de police ne pouvait, sans violation du principe de la *non-rétroactivité*, s'appliquer à des faits existants au moment de sa promulgation.

C'est là une question vitale, pour l'exercice du pouvoir administratif réglementaire, et pour la satisfaction des grands intérêts d'ordre public et de sûreté générale auxquels il est destiné à pourvoir; l'opposition qui existe entre les deux arrêts dont nous venons de parler, nous fournit l'occasion de la traiter ici.

En principe, nous pensons que les règlements émanés de l'autorité administrative, dans les matières de son domaine, saisissent indistinctement toutes les propriétés et toutes les personnes, quel que soit l'usage que l'on ait fait, antérieurement, de la propriété ou de la liberté. Il faut qu'il en soit ainsi, pour que le pouvoir réglementaire puisse atteindre son but, qui est toujours

[1] 27 avril 1819 (Lerasle); 11 septembre 1840 (N.....); 21 mars 1851 (Quillet).

l'intérêt général. Il ne l'atteindrait jamais, s'il pouvait être légalement paralysé dans son action par l'action contraire d'un plus ou moins grand nombre de particuliers.

Il n'y a point là, à proprement parler, violation du principe de la *non-rétroactivité;* car il est bien entendu qu'on ne prétend pas, soit qu'il s'agisse de supprimer un certain mode d'écuries, soit qu'il s'agisse d'ordonner la destruction d'un certain mode de couverture des maisons, comme dans les espèces des deux arrêts cités, il est bien entendu, disons-nous, qu'on ne prétend pas appliquer la sanction pénale au fait de construction antérieure au règlement. Une telle supposition serait repoussée par le texte exprès de l'article 4 du Code pénal, qui déclare que nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. Elle serait, d'ailleurs, repoussée par la raison. Elle serait absurde. Mais une fois le règlement promulgué, l'existence de l'état de choses prohibé est, ainsi que l'a déclaré dans une autre occasion (14 décembre 1837, d'Espeuilles) la Cour de cassation elle-même, un délit *continu;* sa conservation, sous l'empire du règlement qui l'interdit, est une désobéissance à ce même règlement, comme le fait même de son établissement, puisque le règlement prohibitif est violé aussi bien par le maintien que par la création de l'objet prohibé. Le reproche de *rétroactivité* ne serait donc, en réalité, nullement fondé. Il ne s'agit, à vrai dire, que du temps postérieur au règlement, et du fait continué postérieurement à sa promulgation.

Il ne serait pas plus exact de parler de *droits acquis*. En effet, il n'y a ni droits acquis ni prescription contre l'ordre public et la police. Le mode d'usage de la propriété est bien loin de pouvoir former, sous ces rapports, un droit acquis, puisque la propriété elle-même ne constitue pas un tel droit. La propriété, vierge auparavant, peut être atteinte par le règlement; à plus forte raison, le simple mode d'usage antérieur doit-il subir sa puissance.

Il y en a, au surplus, de nombreux exemples : 1° dans les lois (auxquelles doivent être assimilés les règlements émanés de l'autorité administrative, en ce qui concerne les matières de son domaine); 2° dans ces règlements administratifs eux-mêmes;

3° dans la jurisprudence soit du Conseil d'État, soit de la Cour de cassation.

1° Dans les lois : — Ainsi, la grande ordonnance d'août 1669 et le Code forestier, particulièrement en ce qui touche les droits d'usage dans les bois, dérogent, par les règles qu'ils prescrivent pour leur exercice, à tous contrats, titres et possessions antérieures (entre autres, art. 67 et 78 du Code forestier).

Les lois du 12-20 août 1790 et du 28 septembre-6 octobre 1791 donnent à l'administration le droit et lui imposent le devoir de régler, dans l'intérêt du libre écoulement des eaux, le régime des moulins et usines, et de déterminer à quelles conditions ils peuvent être non-seulement construits, mais *maintenus*, ce qui s'applique aux moulins et usines établis antérieurement.

La loi du 21 avril 1810, article 78, en déclarant que les fourneaux, forges et usines métallurgiques sont maintenus dans leur jouissance, à la charge par ceux qui n'ont jamais eu de permission, ou qui ne pourraient pas représenter la permission obtenue précédemment, d'en obtenir une avant le 1er janvier 1813, sous peine de payer un triple droit de permission chaque année pendant laquelle ils auront négligé de s'en pourvoir et continué de s'en servir, impose une obligation nouvelle à des propriétaires d'établissements déjà existants.

Autre disposition du même genre dans le décret législatif du 16 décembre 1811, portant, article 99, que les arbres plantés sur les terres riveraines des routes, soit par les communes, soit par les particuliers, en exécution du décret ou *antérieurement*, ne pourront être coupés et arrachés qu'avec certaines autorisations, sous des peines déterminées.

L'article 24 de la loi du 15 avril 1829, qui interdit de placer dans les rivières aucun barrage, appareil ou établissement quelconque de pêcherie ayant pour objet d'empêcher entièrement le passage du poisson, s'applique même aux barrages construits antérieurement.

La loi du 19 septembre 1835, qui défendait d'exposer ou mettre en vente aucune gravure ou lithographie sans l'autorisation du gouvernement, s'appliquait même aux gravures ou lithographies qui avaient été déposées ou publiées avant cette loi.

L'article 4 de la loi du 15 juillet 1845, en déclarant que *tout* chemin de fer sera clos des deux côtés et sur toute l'étendue de la voie, et que l'administration déterminera, pour chaque ligne, le mode de cette clôture, et, *pour ceux des chemins qui n'y ont pas été assujettis par leurs cahiers des charges*, l'époque à laquelle elle devra être effectuée, a ajouté une condition nouvelle à un état de choses déjà existant en vertu d'un contrat.

Etc., etc.

2° Dans les actes du pouvoir réglementaire : — Ainsi, un arrêt de règlement du parlement de Rouen, du 27 novembre 1717, sur la construction des cheminées dans la province de Normandie, « fait défense à tous ouvriers de faire ou construire des che- » minées de bois, en tout ou en partie; et à l'égard de celles » qui sont construites quant à présent, ainsi que des fours, a » ordonné et ordonne qu'ils seront visités par le premier officier » sur ce requis, pour être démolis, sauf aux propriétaires de » faire bâtir des fours éloignés des bâtiments. »

Un arrêté du Directoire exécutif, du 1er germinal an VII, et une ordonnance de police, du 8 brumaire an XI, assujettissent les entrepreneurs de spectacles, même ouverts avant leur publication, à l'obligation de disposer et d'entretenir dans la salle des réservoirs toujours pleins d'eau et des pompes en état.

L'ordonnance royale du 24 décembre 1823, et l'ordonnance de police du 30 novembre 1831, ont prescrit la suppression, dans le délai d'un an, des gouttières saillantes, et l'établissement de cheneaux, gouttières et tuyaux de descente destinés à recevoir et à conduire jusqu'au pavé de la rue les eaux pluviales provenant des toitures.

Une ordonnance de police du 28 août 1837, relative au stationnement, sous remises, des voitures marchant à l'heure ou à la course, a compris dans ses dispositions les établissements formés avant sa publication.

Un arrêté du maire de Lyon, de 1825, a ordonné la suppression de jalousies encadrées dans des baies de croisées, et qui existaient antérieurement au règlement municipal.

Des arrêtés des maires d'Avignon, de Dunkerque et de Soissons, le premier en date du 12 juin 1821, le second en date du

29 septembre 1835, le troisième en date du 1er juin 1840, ont interdit, dans le but d'assurer la commodité du passage sur la voie publique, les bornes déjà existantes.

Un arrêté du maire de Chartres a ordonné que les cheminées seraient construites en briques, tuiles, pierres et autres matériaux incombustibles, et que les cheminées en terre et en bauge, avec cadres et supports en bois, seraient démolies dans un délai de six mois.

Etc., etc.

3° Dans la jurisprudence soit du Conseil d'État, soit de la Cour de cassation : — Ainsi, en matière forestière, les lois d'ordre public ayant pour objet la police et la conservation des forêts ont été appliquées, nonobstant tous statuts, règlements, usages locaux ou conventions antérieurs, par arrêts de la Cour de cassation des 22 juin 1826 (Bouillac), 19 nov. 1836 (Holtermann), 25 mars 1837 (Buchon), 31 déc. 1838 (de Dabo), 26 mars 1847 (Comm. de Mortemart), etc.

En matière de moulins et usines établis sur cours d'eau, et en vertu des lois du 12-20 août 1790, du 28 septembre-6 octobre 1791, et de l'arrêté du Directoire exécutif, du 19 ventôse an VI, le droit, pour l'administration, de déterminer à quelles conditions les moulins et usines *existants* peuvent être *maintenus*, a été reconnu par arrêts du Conseil d'État, des 6 mai 1848 (Houdelière et de Luynes), 27 mai 1847 (Vittecoq), etc. Le droit est absolu et imprescriptible : ni l'existence légale, ni une autorisation antérieure, ni l'acquisition par suite de vente nationale, ni les titres, ni la possession immémoriale, ni le règlement des droits entre parties par contrats ou par jugements passés en force de chose jugée, en un mot aucune circonstance, aucun titre, aucun laps de temps n'y font obstacle [1].

L'article 78 de la loi du 21 avril 1810, sur les mines, a été appliqué à des établissements créés antérieurement à sa promulgation, par arrêts du Conseil d'État, du 29 juin 1844 (Rozet) et du 2 février 1846 (Danelle).

Les dispositions du décret du 16 décembre 1811, qui défen-

[1] *V.* notre *Traité des Servitudes d'utilité publique*, t. I, p. 248, et Cour de cassation, 23 juillet 1836 (Lecoulteux), Sirey, 1837, p. 245.

dent de couper ou d'arracher sans autorisation préalable les arbres plantés sur les terres riveraines des grandes routes, ont été appliquées même à des plantations opérées antérieurement à ce décret, par arrêt du Conseil d'État, du 10 mai 1839 (Marsat).

En matière de pêche, la prohibition portée par l'art. 24 de la loi du 15 avril 1829 a été déclarée applicable même aux barrages qui existaient lors de la promulgation de la loi, en vertu de titres ou d'une possession ancienne, par arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1837 (d'Espeuilles). On lit dans les motifs remarquables de cet arrêt, « que la reconnaissance que fait le lé» gislateur de droits de pêche indépendants de la qualité de rive» rains, et susceptibles d'être établis par possession ou par titres, » ne lui interdit pas d'en régler l'exercice par des lois de police » et d'ordre public, et de changer ces lois quand il le juge con» venable.. ..; que les lois d'ordre public et de police générale » saisissent, le jour de leur promulgation, les faits qu'elles ont » pour but de régler et les droits dont elles veulent régulariser » l'exercice, quelle qu'ait pu être à cet égard la teneur des lois » antérieures.....; que l'existence d'un barrage prohibé par l'ar» ticle 24 de ladite loi est un délit continu, et que sa conserva» tion, sous l'empire de la loi qui l'interdit, est une désobéis» sance à cette même loi, comme le fait de sa construction, » puisque la loi prohibitive est violée aussi bien par le maintien » que par la création de l'objet prohibé. » (Sirey, 1838, p. 933.)

La disposition de la loi du 9 septembre 1835, qui défendait d'exposer ou mettre en vente aucune gravure sans l'autorisation du gouvernement, a été déclarée applicable même aux gravures qui avaient été déposées ou publiées avant cette loi, par arrêt de la Cour de cassation, du 9 décembre 1836 (Lemière). A ce sujet, M. le procureur général Dupin a caractérisé avec une énergique précision, dans son réquisitoire, le vrai sens des mots *effet rétroactif :* « Que signifie, a-t-il dit, cette maxime de la non-ré» troactivité des lois? C'est que le temps passé, les faits accom» plis ne sont plus au pouvoir de la loi nouvelle; tout ce qui a pu » se faire avant sa promulgation est hors de son atteinte. Mais » réciproquement, le temps à venir, les faits qui suivront sont » toujours dans son domaine; il appartient toujours au législa-

» teur d'attacher des peines au renouvellement des faits qui au-
» raient lieu après sa défense; il a toujours le droit de frapper
» après avoir averti. La loi ne peut pas violer un *droit acquis* en
» vertu de faits antérieurs, cela est incontestable : mais elle peut
» toujours établir par la suite un *droit nouveau* basé sur des faits
» subséquents qu'elle a incontestablement le droit de prohiber. »
(Sirey, 1836, p. 906.)

Parmi les actes émanés du pouvoir réglementaire, l'ordonnance de police du 30 novembre 1831, par laquelle le préfet de police a prescrit aux propriétaires des maisons riveraines de la voie publique de faire établir des cheneaux ou des gouttières sous l'égout de leurs toits, et d'en conduire les eaux jusqu'au niveau de la rue, au moyen de tuyaux de descente appliqués le long du mur de face, a été déclarée légale et obligatoire par arrêt de la Cour de cassation, du 21 novembre 1834 (Dupont; Sirey, 1834, p. 802).

En exécution de l'ordonnance de police du 28 août 1837, relative au stationnement, sous remises, des voitures marchant à l'heure ou à la course, la sommation faite au propriétaire d'un établissement de ce genre, d'avoir, dans le délai de huit jours, à cesser de faire stationner ses voitures sous une remise qu'il occupait déjà avant la publication de l'ordonnance, a été aussi déclarée légale par arrêt de la Cour de cassation, du 21 décembre 1838 (Férail et autres; Sirey, 1839, p. 117).

Même déclaration de légalité à l'égard du règlement en date de 1825, par lequel le maire de Lyon a interdit aux habitants de cette ville de conserver un certain mode de jalousies encadrées dans les fenêtres de leurs maisons, et qui avait été mis en usage bien antérieurement au règlement (C. de cass., 12 fév. 1847, Buisson).

Même déclaration, enfin, à l'égard des règlements en date des 12 juin 1821, 29 septembre 1835, 1er juin 1840, par lesquels les maires d'Avignon, de Dunkerque et de Soissons ont ordonné l'enlèvement de bornes déjà existantes (C. de cass., 4 juin 1830, Bury et Bernard; 30 juin 1836, Coppens; 18 décembre 1840, Barbier). La question est nettement tranchée par l'arrêt du 4 juin 1830 (Bury), en ces termes : « ..... Attendu qu'en renvoyant la
» prévenue de la poursuite dirigée contre elle, SOUS PRÉTEXTE

» *qu'y faire droit ce serait enfreindre le principe de la non-* » *rétroactivité* des lois, puisque la construction des bornes est » antérieure au règlement dont s'agit, le jugement attaqué a tout » ensemble appliqué faussement à la cause l'article 2 du Code » civil, l'article 4 du Code pénal, ainsi que l'article 159 du Code » d'instruction criminelle, méconnu l'autorité légale de l'arrêté » municipal et violé l'article 157 du Code d'instruction crimi- » nelle et l'article 471 du Code pénal..... » (*Bulletin officiel criminel*, année 1830, p. 346.) On lit aussi à ce sujet, dans les motifs de l'arrêt du 30 juin 1836 (Coppens) : « que le principe » de la *non-rétroactivité* des lois ne peut s'appliquer aux règle- » ments de simple police, l'autorité municipale ayant le droit et » le devoir de veiller en tout temps à ce qui peut intéresser l'or- » dre et la sûreté publique..... » (Sirey, 1836, p. 847.)

En résumé donc, nous pensons que la doctrine du Tribunal de Melle [1] et de l'arrêt de la Cour de cassation, du 3 décembre 1840 (Maître et autres), qui en a, au fond, adopté les motifs, ne doit point être suivie; que le règlement municipal dont il s'agissait ayant *pour objet de prévenir, par les précautions convenables, le désastre des incendies*, rentrait expressément dans la disposition du n° 5 de l'article 3, titre 2, de la loi du 16-24 août 1790; qu'il n'était point entaché du vice de *rétroactivité*, puisqu'il n'entraînait pas de peine contre les actes antérieurs à sa promulgation, mais seulement contre la continuation ultérieure de l'état par lui prohibé; qu'il ne portait pas davantage atteinte à des *droits acquis*, puisqu'il ne peut y avoir de droits acquis contre les lois ou les règlements d'ordre public et de sûreté générale; qu'ainsi, ce règlement était légal et obligatoire pour les citoyens, et que les tribunaux avaient le devoir d'en assurer l'exécution par l'application de la sanction pénale.

Que si, au point de vue de l'utilité et de l'opportunité, ce règlement était susceptible de critique, et si, au lieu d'ordonner la destruction immédiate des couvertures en chaume, il pouvait être plus convenable d'apporter quelque ménagement dans la transition d'un état de choses dangereux à l'état meilleur qu'on

[1] *Suprà*, p. 180.

désirait procurer, ces considérations et cette appréciation ne concernaient, d'après le principe de la séparation des pouvoirs, que l'autorité administrative supérieure, comme l'a déclaré la Cour de cassation dans les arrêts déjà cités du 23 avril 1819 et du 21 décembre 1838 (Lerasle, Sirey, coll. nouv., t. VI, p. 66; et Férail, Sirey, 1839, p. 118). Le recours était ouvert aux parties intéressées, d'abord devant le préfet du département, et ensuite devant le ministre de l'intérieur.

Par là, nos lois ont garanti le respect de tous les droits et de tous les intérêts, et le maintien de tous les pouvoirs.

J. JOUSSELIN.

DE LA PREUVE DU BAIL VERBAL.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation [1].

1. Rien n'est plus fréquent, surtout à Paris et dans nos grandes villes, pour les locations d'appartements, que les baux faits sans écrit; et c'est par conséquent une question d'une grande importance pratique, que celle de la preuve du bail verbal.

Malheureusement, cette question est aussi controversée qu'elle est importante; elle n'est pas résolue d'une manière exacte, pas traitée d'une manière satisfaisante, même par les deux auteurs qui ont écrit le plus récemment et le plus complétement sur la matière du louage, M. Duvergier (en 1836) et M. Troplong (en 1840); et ici encore, comme partout au surplus, on peut constater l'insigne fausseté de ce prétendu fait, affirmé par la paresse et l'ignorance, que *tout est dit sur notre droit civil.*

2. D'après les dispositions du Code : « Si le bail fait sans écrit » n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le

[1] Ces pages ne sont qu'un extrait succinct du commentaire de M. Marcadé sur les articles 1715 et 1716 au titre *du Louage*, titre qui, avec celui *de l'Échange* et la fin de celui *de la Vente*, va prochainement être mis sous presse, et terminera le tome VI de l'*Explication théorique et pratique du Code civil.*

» nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque mo-
» dique qu'en soit le prix (art. 1715). Et lorsqu'il y aura contes-
» tation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé,
» et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera
» cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander
» l'estimation par experts (art. 1716). »

De là résulte bien, ce semble, la prohibition la plus rigoureuse, la plus complète de toute preuve testimoniale dans les baux faits verbalement, notamment et surtout quand la contestation roule sur l'existence même de la location, quelle que soit, d'une part, la modicité du prix et quoiqu'il s'agisse de moins de 150 fr., et quelles que soient, d'autre part, les allégations faites par l'une des parties. Ainsi, par exemple, quand l'un des plaideurs prétend que non-seulement il y a eu convention de bail, mais que cette convention a même reçu un commencement d'exécution, et que l'autre soutient, au contraire, que ni cette prétendue exécution, ni cette prétendue convention n'ont existé, et que les faits allégués, s'ils ont eu lieu, se sont accomplis à tout autre titre que celui de locateur ou de locataire, il semble bien certain que, puisque c'est l'existence même du bail prétendu qui est alors mise en question, le témoignage n'est pas admissible. Comment, en effet, la loi entendrait-elle l'admettre, pour la question même d'*existence* du bail prétendu, sur une simple allégation d'exécution, prétendue par l'un et niée par l'autre, elle qui, même dans un bail avoué et dont l'exécution est reconnue de part et d'autre, ne l'admet pas pour la simple question *du prix*?

3. Cependant, cette inadmissibilité du témoignage pour l'existence du bail verbal, dans ce cas, n'est pas reconnue par les auteurs; et c'est la réfutation des deux systèmes, inexacts l'un et l'autre, que présente à cet égard la doctrine (et que la jurisprudence, au surplus, condamne tous deux et avec raison) que nous nous proposons de donner ici.

Nos deux articles 1715 et 1716 présentent encore d'autres points également mal compris par les auteurs; mais nous nous bornerons ici au point unique qui vient d'être indiqué.

A cet égard, M. Duranton (t. XVII, n° 56) professe que l'al-

légation de l'exécution et de l'existence d'un bail verbal peut s'établir par témoins, tant au-dessus qu'au-dessous de 150 fr.; M. Troplong (t. I, n° 115), en se gardant bien d'aller aussi loin, enseigne qu'il en est ainsi jusqu'à ce chiffre; et M. Duvergier, tout en paraissant d'abord proscrire absolument le témoignage, mais d'une manière fort équivoque, et d'ailleurs sans motifs à l'appui de cette idée, finit par transiger avec le système de M. Troplong, en disant qu'il ne faudrait toujours pas admettre ce témoignage au-dessus de 150 fr. (n°s 263, 264 et 266). Or ce second système n'est pas plus exact que le premier.

Pour plus de brièveté, nous n'insistons pas sur le système de M. Duranton, système insoutenable à tous égards (quoique l'honorable professeur le présente comme *incontestable!*), dont la réfutation, d'ailleurs, ressort par *a fortiori* de celle du système mitigé de M. Troplong, et qui est en effet condamné par la jurisprudence la plus constante[1].

4. Nous disons donc, contre M. Duranton et contre M. Troplong tout à la fois, que la preuve par témoins est interdite ici absolument, aussi bien au-dessous de 150 fr. qu'au-dessus de ce chiffre; et à part même cet argument déjà indiqué, qu'on ne peut pas admettre pour l'existence du bail, et sur la seule allégation d'une exécution contestée, un moyen de preuve que la loi repousse, même en face d'une exécution avouée, pour une simple condition de ce bail, notre proposition trouve encore sa démonstration dans le rapprochement et la combinaison des deux articles 1715 et 1716.

On voit, en effet, en étudiant avec attention l'ensemble et la marche des idées du législateur, qu'il entend prévoir là deux cas embrassant toutes les hypothèses possibles : 1° ou bien le bail affirmé par l'un est nié par l'autre, c'est le cas de l'article 1715; 2° ou bien le bail est reconnu par tous deux et on ne dispute plus que sur ses conditions, c'est le cas de l'article 1716. Quand l'article 1715 parle d'un bail *qui n'a reçu aucune exécution* et

[1] Bruxelles, 20 nov. 1810; Bordeaux, 29 nov. 1826; Bordeaux, 29 janv. 1827; Trib. de Montpellier, 1er sept. 1830; Limoges, 30 juill. 1836; Nîmes, 1er août 1836; Cassat. 14 janv. 1840; Bourges, 14 mai 1842 (Dev., 40, 1, 5; 43, 2, 29; Dall., 41, 1, 160; 43, 2, 124; *J. P.*, 46, 1, 258).

qui est nié, quand l'article 1716 parle d'un bail *dont l'exécution a commencé*, ils entendent tous deux une exécution incontestée, une exécution reconnue comme telle, et non pas des faits que l'un prétendrait, mais que l'autre nierait, constituer une exécution; ils entendent *une exécution*, et non pas seulement *une allégation d'exécution*, avancée par l'un et niée par l'autre..... C'est parce que l'article 1716 (aussi bien que l'article 1715) n'entend parler que d'une exécution certaine et reconnue, qu'il débute par l'idée d'une contestation portant seulement sur le prix, et ne s'occupe pas d'une contestation sur l'existence du bail, laquelle est alors impossible..... Cette pensée des deux articles se retrouve nettement encore dans le rapport au Tribunat. On y pose d'abord cette idée générale, exclusive du système absolu de M. Duranton et du système mitoyen de M. Troplong, que *dès là qu'il n'y a point d'écrit*, la preuve du *contrat ne peut pas se faire par témoins;* puis passant successivement aux deux idées opposées des deux articles, le rapport nous présente comme objet de l'article 1715, le cas d'un bail *désavoué par l'une des parties*, et comme objet de l'article 1716 celui d'un bail *qui n'est pas désavoué* (Fenet, t. XIV, p. 322-323)..... Cela étant, il est donc manifeste que quand l'un prétend prouver l'exécution d'un bail dont l'autre nie l'existence, quand on est ainsi en face d'un bail prétendu qui n'a reçu *aucune exécution avouée*, c'est le cas de l'article 1715, nullement le cas de l'article 1716, et le témoignage dès lors se trouve formellement interdit par cet article 1715.

Il est d'autant plus étonnant que M. Troplong n'ait pas saisi ces idées, que l'arrêt de cassation précité de 1840, invoqué par le savant magistrat lui-même contre la doctrine de M. Duranton, condamne aussi la sienne de la manière la plus nette et la plus décisive, puisqu'il dit avec beaucoup de raison : « Qu'en parlant d'exécution, les articles 1715 et 1716 s'appliquent au cas *où l'exécution n'est pas déniée;* et qu'admettre à prouver par témoins des faits considérés comme commencement d'exécution d'un bail verbal, ce serait admettre *la preuve testimoniale du bail lui-même*, preuve expressément interdite par la loi. »

V. MARCADÉ.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'octobre 1851.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Aliénation de l'immeuble dotal; garantie de la femme.* — La vente nulle de l'immeuble dotal peut-elle être valablement garantie par la femme? — Observations sur un arrêt de la Cour de cassation.
2. *Légataire universel; payement des dettes.* — Les légataires universels ou à titre universel, saisis ou non saisis, sont-ils tenus *ultrà vires* des dettes de la succession, à défaut d'acceptation bénéficiaire? — Renvoi pour la critique d'un arrêt affirmatif de la même Cour.
3. *Hypothèque; mandat; acte authentique.* — Le mandat à l'effet de conférer hypothèque doit-il être donné par acte authentique? — Critique d'un arrêt affirmatif de la Cour de Riom.
4. *Quotité disponible entre époux.* — Celui qui, ayant trois enfants ou davantage, a donné à son conjoint *la moitié de l'usufruit de ses biens*, peut encore disposer pour tout autre du quart en nue propriété. Critique d'un arrêt récent et de la jurisprudence de la Cour de cassation, vraie en principe, mais inexacte dans ce cas.
5. *Dot mobilière; aliénabilité.* — La dot mobilière est aliénable; les immeubles dotaux sont seuls soumis au principe de l'inaliénabilité. Arrêt formel, en ce sens, de la Cour de cassation.
6. *Enfant naturel; incapacité de recevoir.* — L'incapacité de recevoir édictée par l'article 908 C. civ., contre l'enfant naturel, est purement relative à ses père et mère.
7. *Servitude future.* — La promesse d'une servitude qui devra exister au profit d'un immeuble, si le stipulant en devient propriétaire, n'a rien de contraire à la loi.
8. *Escroquerie.* — Le délit d'escroquerie n'existe que quand les manœuvres frauduleuses ont eu pour résultat de faire naître la croyance d'un fait chimérique, et que cette croyance a déterminé la remise, par le trompé au trompeur, de valeurs appartenant au premier.

1. — (CASS. 4 JUIN 1851; *J. P.*, 1851, 2, 436.) — S'il est malheureusement vrai que, parmi les milliers de questions que présente notre droit civil, il en est bien peu qui ne puissent être controversées, il est incontestable aussi que, pour la plupart de ces questions, il existe toujours au fond des choses une so-

lution d'une exactitude certaine et qui, si elle reste obscurcie et voilée pour un temps par des objections plus ou moins spécieuses, n'en est pas moins la vérité, une vérité de nature à se démontrer logiquement, et qui devra tôt ou tard finir par triompher, quand le temps aura dissipé les préoccupations, effacé les idées préconçues et permis à l'esprit de bien saisir et d'apprécier à leur vraie valeur les divers éléments de la décision.

Mais s'il en est ainsi du plus grand nombre des questions, si la plupart peuvent en définitive être discutées de manière à repousser victorieusement les objections et à donner la preuve, la démonstration de l'exactitude de la solution, il n'en est pas ainsi pour toutes ; il est certains points pour lesquels il paraît impossible d'arriver, sinon à une conviction, du moins à une preuve proprement dite, où le oui et le non restent toujours parfaitement soutenables quoi qu'on puisse dire de part et d'autre, et pour lesquels dès lors la *suprema ratio* ne peut se trouver que dans une jurisprudence bien arrêtée, en quelque sens que cette jurisprudence se fixe. Les difficultés de ce genre ne sont pas de nature à être bien dénouées par la doctrine, elles ne peuvent qu'être tranchées par l'autorité.

Au nombre de ces question se trouve celle que juge l'arrêt de cassation du 4 juin 1851, et qui consiste à savoir si l'aliénation de l'immeuble dotal peut être efficacement garantie par l'obligation que la femme contracte à cet égard sur ses biens paraphernaux.

Pour l'affirmative, soutenue par de nombreux auteurs et par un ancien arrêt de Grenoble, on dit en substance : « La femme dotale, d'une part, est comme toute autre personne parfaitement capable de contracter ; et ses obligations, du moment qu'elles sont régulièrement formées, sont exécutables sur ses biens paraphernaux. D'un autre côté, la vente de l'immeuble dotal n'est pas proprement nulle, elle est seulement annulable (puisqu'elle peut être ratifiée par la femme ou ses héritiers après la dissolution) ; cela étant, elle peut donc être cautionnée ou garantie, soit par le mari, soit par toute autre personne. Or, puisque la vente peut être garantie et que la femme peut (sauf à restreindre à ses paraphernaux l'effet de ses engagements) contracter toute espèce

d'obligations, la promesse de garantie donnée par cette femme sera donc valable [1].

Pour la négative, admise par d'autres auteurs (dont nous faisons partie) et par de nombreux et récents arrêts, on répond : « Sans doute la vente de l'immeuble dotal peut être garantie, mais elle ne peut pas l'être *par la femme ;* sans doute la femme peut généralement s'obliger et garantir, mais elle ne le peut pas *pour la vente de son immeuble dotal.* La faculté générale cesse dans ce cas particulier, parce qu'elle serait ici une atteinte, indirecte il est vrai, mais profonde, à la règle de l'inaliénabilité, et que le législateur ne pouvait pas renverser d'une main le principe qu'il établissait de l'autre. Qui ne voit que si la femme pouvait cautionner ainsi l'aliénation, on ne manquerait jamais de la faire intervenir et s'obliger pour le payement, en cas d'éviction, non-seulement du prix principal et des frais, mais aussi de dommages-intérêts considérables, en sorte qu'elle ne pourrait recouvrer 35 ou 40,000 fr. de valeurs dotales qu'en en déboursant 50,000, ce qui rendrait le principe de l'inaliénabilité dérisoire pour elle dans tous les cas où elle posséderait des paraphernaux? Le législateur ne pouvait pas se mettre ainsi en contradiction avec lui-même. Aussi le cas était-il prévu par la législation de Justinien et formellement décidé dans le sens de la nullité de la garantie (*nov.* 61, §§ 2 et 4) ; et comme c'est bien la dotalité romaine que notre Code a entendu reproduire, sauf les changements qu'il a cru devoir y apporter expressément sur certains points, mais dont on ne trouve aucun ici, c'est donc dans ce sens de la nullité que la question doit se résoudre. D'ailleurs et enfin, tout le monde reconnaît que la femme ne serait pas tenue de la garantie hors le cas d'une stipulation expresse et spéciale : si une femme avait vendu son immeuble dotal conjointement et solidairement avec son mari, mais sans clause particulière de garantie, on reconnaît, et ce point a notamment été jugé de la manière la plus formelle par la Cour suprême (23 juin 1846 : Dev., 46, 1, 685; *J.P.*, 1, 1847, 61), on reconnaît que cette

[1] Tessier (t. II, p. 76), Duranton (t. XV, n° 530), Zachariæ (t. III, p. 581), Odier (t. III, n° 1351), Rodière et Pont (t. II, n° 592), Taulier (t. V, p. 335); Grenoble, 16 janvier 1828.

femme ne devrait aucune indemnité à l'acheteur évincé. Or cette solution condamne la prétendue validité de la clause spéciale de garantie. Car s'il était vrai que, parce que la garantie ne doit s'exercer que sur des paraphernaux, c'est le droit commun qui devient applicable, cette garantie serait également due dans le cas de vente faite par la femme sans stipulation particulière. Est-ce que toute personne qui vend n'est pas soumise à la dette de garantie pour éviction, sans qu'il soit besoin pour cela d'aucune clause spéciale? L'obligation de garantir se trouvant impliquée dans le fait de vendre, cette obligation existerait aussi bien pour la femme qui vend sans explication que pour celle qui la promet expressément; et s'il était vrai, dès lors, que cette obligation peut naître nonobstant le principe de l'inaliénabilité, elle naîtrait dans un cas comme dans l'autre, et serait, dans un cas comme dans l'autre, exécutoire sur les paraphernaux : la solution est forcément la même dans les deux cas; et puisqu'on reconnaît que la dette de garantie ne peut pas exister dans l'un, elle ne peut donc pas exister non plus dans l'autre [1].

Cette dernière doctrine, que nous avons toujours crue et croyons encore la plus conforme à la pensée de la loi et que les Cours de Rouen, de Toulouse, de Limoges, de Riom et d'Agen avaient toutes consacrée depuis moins de douze ans, vient d'être repoussée par la Cour de cassation dans l'arrêt que nous signalons ici. Cependant, et quoique cette décision nous étonne, nous n'affirmerons pas qu'elle soit inexacte; car c'est là, nous l'avons dit, un de ces points sur lesquels le oui et le non sont, en définitive, parfaitement acceptables. Seulement la Cour de cassation, si elle veut maintenir logiquement la jurisprudence qu'elle inaugure par cet arrêt de 1851, devra répudier la doctrine de son précédent arrêt de 1846.

Nous disons d'abord qu'on peut adopter ici le oui et le non selon la manière de voir de chacun. On peut, en effet, répondre à notre argumentation ci-dessus : que ce n'est pas ici le cas de

[1] Bellot des Minières (t. IV, p. 206), Troplong (t. IV, n° 3544), Marcadé (art. 1560, n° IV); Rouen, 15 déc. 1840; Toulouse, 19 août 1843; Limoges, 10 févr. 1844; Riom, 12 août 1844; Agen, 17 juill. 1848 (*J. P.*, 1, 41, 77; 1, 44, 245; 1, 46, 61 et 62; 1, 49, 108; Devill., 41, 2, 71; 44, 2, 344 et 592; 45, 2, 28).

rechercher par des inductions, ou dans des traditions que la loi n'a pas déclaré suivre, la pensée probable du législateur; que les règles spéciales de la dotalité, à raison de leur nature exorbitante et si rigoureuse, doivent être strictement renfermées dans les limites dans lesquelles elles sont textuellement consacrées, et que par conséquent l'incapacité de garantir dont il s'agit ici, quoiqu'elle fût admise par le droit romain et qu'elle puisse être en effet un auxiliaire convenable du principe de l'inaliénabilité, ne doit pas, puisqu'elle n'en est point une conséquence forcée, être appliquée désormais dans le silence de la loi... Cette doctrine n'a certainement rien d'illogique. Il n'est pas plus impossible d'interpréter le silence du Code sur le point qui nous occupe par un retour au droit commun et une restriction à l'ancienne dotalité, que de l'expliquer par une consécration tacite et toute naturelle de l'idée que la tradition présentait comme l'accessoire et le complément du principe de l'inaliénabilité; et quoique, selon nous, cette dernière idée soit plus plausible, il faut bien reconnaître que la première n'offre pas de prise pour une réfutation.

La Cour de cassation pourra donc persister dans le système inauguré par son arrêt du 4 juin sans crainte de voir ce système renversé par la doctrine. Mais ce sera, ne l'oublions pas, à la condition de répudier son précédent de 1846. De deux choses l'une : ou bien la femme, contrairement aux anciennes règles de la dotalité, peut aujourd'hui être poursuivie sur ses paraphernaux en garantie de l'éviction subie par l'acquéreur de son immeuble dotal; mais alors, comme la dette de garantie se contracte par tout vendeur dans le fait même de la vente, la femme sera tenue toutes les fois et par cela seul qu'elle aura vendu, aussi bien que dans le cas d'une promesse spéciale de sa part : ou bien la dette de garantie se trouve impossible, comme portant une atteinte indirecte, mais profonde, à l'inaliénabilité des biens dotaux (comme le disait et avec plus de raison, selon nous, l'arrêt de 1846), et alors cette obligation n'existera dans aucun cas.

2. — (Cass. 13 aout 1851; *Devill.*, 51, 1, 658.) — Si nous n'avons pas pu, tout en inclinant à un sentiment contraire à

celui de la Cour, trouver cependant inexacte la solution de l'arrêt qui précède, il en est autrement de celui auquel nous arrivons, quoiqu'il soit rendu sur les conclusions conformes d'un magistrat dont personne n'apprécie mieux que nous le mérite éminent, M. le premier avocat général Nicias-Gaillard. Cet arrêt décide que les légataires universels ou à titre universel, soit qu'ils aient ou non la saisine, sont tenus des dettes de la succession *ultrà vires bonorum*, à défaut par eux d'user du bénéfice d'inventaire, parce que, dit la Cour, tous les successeurs généraux sans distinction sont assimilés, dans notre droit nouveau, à l'héritier proprement dit, notamment par l'article 1002 C. civ.

Dans notre conviction, cette doctrine n'est qu'une application, et même une exagération, d'idées romaines admises par notre ancien droit écrit, mais répudiées par notre Code; et l'article 1002, invoqué en faveur du système de l'arrêt, en est, à nos yeux, la condamnation. Sans doute cet article veut qu'on assimile désormais entre eux tous les individus appelés comme successeurs généraux par des dispositions de testament, soit que le testateur les ait qualifiés d'*héritiers* ou seulement de *légataires;* mais le fait-il pour assimiler les légataires aux anciens héritiers testamentaires? Bien loin de là : il le fait, et très-expressément, pour rendre désormais simples légataires ceux que le testament qualifierait d'héritiers! Identité de règles pour tous, c'est très-vrai; mais ces règles seront celles *des legs*, en sorte que les anciennes hérédités testamentaires sont supprimées : « Chacune de ces dispositions, dit l'article, soit qu'elle ait été » faite sous le nom d'*institution d'héritier*, soit qu'elle ait été » faite sous la dénomination *de legs*, produira son effet suivant » les règles ÉTABLIES CI-APRÈS POUR LES LEGS. »

Ainsi, sous le Code, il n'y aura plus par testament que *des legs*, jamais d'hérédités; les successeurs appelés par testament ne seront plus que *des légataires*, jamais des héritiers. Entre le système du droit romain suivi par notre droit écrit, où la vocation de l'homme faisait des héritiers aussi bien que la vocation de la loi, et le système contraire de notre droit coutumier et national, le Code fait ici son choix pour ce dernier; et quelles que soient les transactions qui pourront avoir lieu entre les deux

législations rivales sur tel ou tel point de détail et pour les droits plus ou moins étendus de tel ou tel bénéficiaire, la seconde est consacrée à l'exclusion de l'autre quant à ce point fondamental : la loi fait seule des héritiers, le testament ne fait que des légataires.

Est-ce que notre article 1002 n'est pas la consécration bien nette de cette doctrine de Pothier, sous l'article 287 de la coutume d'Orléans : « Si un testateur s'était exprimé ainsi : J'institue pour mon héritier un tel, la disposition ne laisserait pas » de valoir, non comme *institution d'héritier, mais comme un* » *legs*... Cet institué *ne serait pas un héritier, mais seulement* » *un légataire.* » Enfin, et ce qui est bien plus remarquable encore, c'est que la section que compose à lui seul cet article 1002 n'existait pas dans le projet primitif, et qu'elle a été ajoutée sur cette observation : « Il est à propos de laisser subsister la dénomination d'*institution d'héritier* qui est en si » grand usage... Mais, en même temps, il est convenable d'annoncer *bien précisément* qu'il n'y aura désormais aucune différence entre la dénomination d'héritier et celle de légataire, » *et que tous les effets particuliers attachés par les lois romaines au titre d'héritier* SONT ENTIÈREMENT DÉTRUITS. » (Fenet, t. XII, p. 459.)

En présence de ceci, nous croyons, malgré la haute et double autorité de l'arrêt de cassation et du savant jurisconsulte sur les conclusions duquel il est rendu, pouvoir continuer de dire, comme nous l'avons toujours fait dans les cinq éditions de notre commentaire, « que par testament on ne fait plus d'héritiers, c'est-à-dire des successeurs à la personne, mais seulement des légataires, c'est-à-dire de simples successeurs aux biens, et que par conséquent le successeur testamentaire ne peut jamais être tenu, en cette qualité, de payer les dettes du défunt *ultrà vires bonorum.* »

Nous renvoyons, au surplus, pour plus de développement sur cette question, à l'article spécial que M. F. Berriat-Saint-Prix a consacré, dans la précédente livraison de la *Revue*, à l'examen de notre arrêt (*sup.*, p. 167).

5. — (RIOM, 31 JUILL. 1851; *Devill.*, 51, 2, 698.) — Nous

signalons également, comme contraire aux principes, l'arrêt par lequel la Cour de Riom a jugé, le 31 juillet, qu'une hypothèque ne peut être valablement consentie par un mandataire, qu'autant que le mandat a été conféré par acte authentique.

Cette doctrine, soutenue pour la première fois par Merlin (*Rép.*, v° *Hyp.*, sect. 2, § 2, art. 10), et adoptée depuis par quelques autres auteurs, repose sur une idée qui la rend, il est vrai, fort spécieuse, mais qui n'est au fond qu'une confusion entre deux choses parfaitement distinctes.

« Aux termes de l'article 2127, dit-on, l'hypothèque ne peut être *consentie* que par acte passé en forme authentique; or, en cas de procuration, le *consentement* qui produit l'hypothèque ne résulte pas du seul acte signé pour cela par le mandataire, il ne résulte que de la combinaison de cet acte avec celui qui contient le mandat, en sorte que c'est seulement la réunion des deux qui forme l'*acte constitutif de l'hypothèque.* »

Il y a là, comme dans la plupart des erreurs, un peu de vrai, assez de vrai pour faire faire fausse route à défaut d'examen suffisant; mais il y a aussi assez de faux pour que la conclusion soit manifestement inacceptable, et pour qu'on puisse s'étonner de voir un esprit aussi judicieux que Merlin tombé dans une telle confusion. Oui, sans doute, on peut dire dans un certain sens que les deux actes, dont l'un confère le mandat à l'effet d'hypothéquer, et l'autre confère l'hypothèque, sont les deux parties d'un même tout, et qu'ils constituent par leur réunion la source d'où l'hypothèque sort : ceci est vrai en ce sens que le premier est aussi indispensable que le second, puisque c'est lui qui produit le pouvoir en vertu duquel l'autre peut s'accomplir efficacement. Mais de ce que les deux actes sont ainsi les deux parties de la voie conduisant au but; de ce que le premier est tout d'abord (mais médiatement seulement), comme le second l'est ensuite (immédiatement), la cause dont l'hypothèque est l'effet, on n'en peut certes pas tirer la conclusion que nous combattons; de ce qu'ils sont les deux éléments d'un même tout sous un certain rapport, il ne s'ensuit pas qu'ils le soient absolument sous tous rapports, et notamment quant aux conditions à remplir pour la validité de l'un et la validité de l'autre, de telle sorte qu'il faille trans-

porter au premier les règles exigées seulement pour le second.

Non, l'acte conférant le mandat et l'acte conférant l'hypothèque ne sont point un tout indivisible, pour chaque partie duquel les règles imposées au second seraient exigibles; chacun d'eux a ses conditions spéciales et différentes, comme il a son objet spécial et différent. Le premier ne fait qu'un mandataire, et il n'est dès lors soumis qu'aux conditions, générales ou particulières, requises pour constituer un mandataire; le second seul fait une hypothèque, et il est seul soumis aux conditions requises pour les constitutions d'hypothèques. Quand je viens de signer le premier acte, je n'ai fait qu'un mandataire, mais aussi j'ai fait un mandataire : *je n'ai fait qu'un mandataire*, et dès lors vous ne pouvez exiger, pour la validité de mon acte, que les règles, soit générales, soit spéciales, qui sont tracées par la loi pour la collation du mandat; *j'ai fait un mandataire*, j'ai fait que mon frère, à qui j'ai donné pouvoir de me représenter dans telle affaire, sera dans cette affaire, non plus mon frère, mais *moi-même*, en sorte que, quand la concession d'hypothèque sera signée plus tard, ce n'est pas, légalement parlant, par mon frère qu'elle sera signée, c'est par moi-même. Ce second acte, que je serai légalement réputé signer moi-même et *consentir moi-même*, sera donc bien *à lui seul* l'acte constitutif de l'hypothèque, il contiendra *par lui seul* mon consentement à cette hypothèque, et sera seul soumis dès lors aux conditions requises pour une concession d'hypothèque.

Tout ce qu'il faut pour cela, c'est que mon frère soit bien mon mandataire, c'est-à-dire que j'aie bien accompli pour mon premier acte les conditions exigées, non pas pour une constitution d'hypothèque (puisqu'il ne s'agissait pas de cela), mais pour une constitution de mandat. Or la loi demande-t-elle, pour le mandat à l'effet d'hypothéquer, que l'acte soit authentique? Nullement : elle le demande dans certains cas déterminés, notamment pour les actes de l'état civil (art. 36), pour les oppositions à mariage (art. 66), pour les acceptations de donations (art. 932); mais elle ne l'exige point pour le cas d'hypothèque, elle demande seulement alors que le mandat soit exprès, comme pour le cas d'aliénation (art. 1988). Cela étant, du moment que

j'aurai formellement déclaré donner à mon frère pouvoir de consentir hypothèque en mon nom, mon mandat sera régulier, mon frère sera bien mon mandataire, la concession d'hypothèque passée par lui sera, juridiquement parlant, *consentie par moi*, c'est moi-même qui, par le ministère de mon représentant, signerai cette concession, et par conséquent ce second acte sera bien le seul acte constitutif de l'hypothèque.

C'est donc avec raison que la doctrine de Merlin et du nouvel arrêt de Riom est condamnée par la généralité des auteurs et par la jurisprudence de la Cour de cassation [1].

4. — (AIX, 23 MAI 1851; *Devill.*, 51, 2, 703.) — C'est encore, selon nous, une doctrine inexacte, quoiqu'elle soit conforme à la jurisprudence constante de la Cour de cassation, que celle de l'arrêt par lequel la Cour d'appel d'Aix décide que *l'époux qui, laissant trois enfants ou davantage, a disposé* DE LA MOITIÉ DE L'USUFRUIT DE SES BIENS *en faveur de son conjoint, ne peut plus disposer ensuite, au profit d'une autre personne,* DU QUART DE NUE PROPRIÉTÉ *que la combinaison des deux articles* 913 *et* 1094 *laisse encore disponible dans ce cas, quart qui ne pourrait* (dans ce système) *être donné qu'à ce même conjoint.*

On sait combien de questions difficiles et controversées font naître les rapports de la quotité disponible ordinaire avec la quotité disponible entre époux. Or, pour notre compte, nous avons le bonheur de voir nos convictions se trouver pleinement d'accord avec la jurisprudence de la Cour suprême sur tous les points moins un seul, celui qui nous occupe ici. Ainsi, et pour ne parler, afin d'être plus bref, que des questions qui avoisinent immédiatement le point jugé par l'arrêt d'Aix, nous disons comme la Cour de cassation, et malgré les doctrines contraires et diverses de M. Duranton, de M. Benech et de M. Delangle (doctrines auxquelles nous avons répondu dans notre commentaire de l'article 1100, n° II), que les deux libéralités faites, l'une au conjoint, l'autre à une autre personne, sont complétement efficaces et ne donnent lieu à aucune réduction dans tous

[1] R. de Villargues (v° *Acte not.*, n° 26), Persil (*Rég. hyp.*, art. 2127, n° 6), Battur (I, n°s 167-168), Duranton (t. XIX, n° 357 *bis*), Troplong (*Hyp.*, II, n° 510); Rej. 27 mai 1819; Caen, 22 juin 1824; Rej. 5 juill. 1827.

les cas où, chacune des deux libéralités se renfermant d'une part dans les limites de sa quotité respective, et la réunion des deux n'excédant pas d'autre part la quotité la plus forte, la libéralité de l'étranger est *antérieure ou contemporaine* à celle du conjoint. Bien plus, nous disons aussi et nous avons toujours dit comme la Cour de cassation (quoique les arrêtistes nous attribuent bien à tort la doctrine contraire), qu'il en est autrement en principe, quand la libéralité est *postérieure* à celle du conjoint, et que la seconde libéralité peut alors être réductible. Voici, en effet, ce que nous avons écrit sur ce point[1] : « On » peut dire dans le sens contraire : que l'ordre dans lequel deux » libéralités ont été faites est insignifiant pour déterminer la » quotité disponible d'une personne, et que ce qu'elle a pu » donner en disposant pour un étranger d'abord et pour son » conjoint ensuite, elle a dû pouvoir le donner également en » commençant par son conjoint pour finir par l'étranger; qu'à » la vérité l'extension apportée au disponible ordinaire par l'ar- » ticle 1094 n'est établie que pour le conjoint et ne peut être » appliquée qu'à lui, mais que la libéralité faite à ce conjoint doit » tout naturellement être réputée faite d'après cet article 1094, » et en laissant libre le disponible ordinaire, aussi bien quand » elle est la première en date que quand elle est la dernière. » Mais on répondra : que loin d'être insignifiante en notre ma- » tière, la puissance des dates y est au contraire souveraine, » puisque c'est selon que le disponible est déjà ou n'est pas » encore épuisé, que l'auteur des libéralités peut encore ou ne » peut plus disposer, et que c'est sur ce principe que repose » l'article 923, qui fait réduire les libéralités par ordre de dates; » qu'il est contraire à l'ordre naturel des choses de donner *le* » *supplément du disponible* (c'est-à-dire le disponible spécial et » plus favorable de l'article 1094) *avant le disponible lui-même* » et de recourir ainsi aux fonds de réserve avant de toucher aux » ressources ordinaires; que dès lors la première libéralité devra » toujours s'imputer sur le disponible de l'article 913, soit » qu'elle s'adresse au conjoint ou à l'étranger, et qu'une fois ce

[1] Voir notre *Explication théorique et pratique*, t. IV, p. 253, dans la cinquième édit.; p. 257 de la quatrième; p. 277 de la troisième; p. 308 de la seconde.

» disponible ordinaire épuisé (même au profit du conjoint), il » ne restera que le crédit extraordinaire de l'article 1094, lequel » n'est pas ouvert pour l'étranger. » Et après avoir ajouté : « Il » nous semble *évident* que ces dernières idées sont les seules » vraies, et qu'en principe c'est à elles qu'il faut s'en tenir, » comme l'a toujours fait la Cour suprême, » nous insistons encore, une page plus loin, sur ces idées en disant : « Ainsi » l'époux qui, n'ayant pas d'autre héritier réservataire que sa » mère, a donné à son conjoint les trois quarts de sa fortune, ne » pourra plus rien donner à un étranger. Il est vrai qu'il n'a pas » épuisé tout son disponible et qu'il pourrait donner encore l'u- » sufruit du dernier quart ; mais il ne peut le donner qu'à son » conjoint et non à aucun autre... Car on ne peut jamais faire » profiter un étranger du bénéfice de l'article 1094 ; or il est » palpable qu'ici ce serait l'étranger qui en profiterait, puisque » sans cet article 1094, l'époux qui aurait ainsi donné les trois » quarts de sa fortune ne pourrait plus rien donner : *Si cet ar-* » *ticle* 1094 *n'existait pas, la seconde donation serait impos-* » *sible.* »

Il est étonnant après cela que M. Gilbert lui-même, ordinairement si exact, nous indique (art. 1094, n° 14) comme professant sur ce point, avec MM. Benech, Pont, Molinier, Valette et autres, la doctrine opposée à celle de la Cour de cassation.

Mais si la doctrine de la Cour de cassation reproduite ici par l'arrêt d'Aix est ainsi parfaitement exacte *en principe*, elle ne l'est pas toujours, elle ne l'est pas quand la donation antérieurement faite au conjoint n'a pu lui être faite valablement qu'en sa qualité de conjoint et a dû dès lors s'imputer sur le disponible extraordinaire de l'article 1094, en sorte que ce qui reste disponible reste tel de par l'article 913.

« Ainsi, disons-nous encore dans notre commentaire (*loc. cit.*), quand l'époux qui a trois enfants a donné à son conjoint *la moitié* de ses biens *en usufruit*, il est clair que la donation ne peut plus se dire faite légalement d'après l'article 913 et au moyen du disponible ordinaire, puisque d'après cet article on n'aurait pu donner *qu'un quart* d'usufruit. Il est clair que légalement la donation est faite en vertu de l'article 1094 et au moyen du

disponible exceptionnellement réservé pour les conjoints. Donc la partie du disponible ordinaire que n'a pas emportée le don du disponible extraordinaire reste libre aux mains du donateur, et cette partie dès lors, qui est ici un quart de nue propriété, peut être donnée postérieurement à qui l'on voudra. Ceci nous paraît évident... Car enfin, quand j'ai donné cette moitié d'usufruit à ma femme, un seul quart a pu lui venir d'après l'article 913 et l'autre quart n'a pu lui être donné (non pas seulement d'après ma volonté, mais aussi d'après les règles du Code) qu'en vertu de l'article 1094 ; or puisque je n'ai pris qu'un quart d'usufruit sur mon disponible ordinaire, j'y trouve donc encore un quart de nue propriété... Aussi remarquez bien que l'argument qui prouvait plus haut que la seconde donation ferait tourner l'article 1094 au bénéfice de l'étranger n'a plus de force ici. On ne peut plus nous dire : La preuve que vous bénéficiez de l'article 1094, c'est que *si cet article n'existait pas*, *votre seconde donation serait impossible*. Si cet article 1094 n'existait pas, c'est ici *la première donation* qui aurait été impossible; le conjoint n'aurait pas pu recevoir moitié d'usufruit, mais un quart seulement... Et ne dites pas que, dans l'absence de l'article 1094, la première donation aurait sans doute été faite également, que seulement les réservataires l'auraient attaquée comme excédant les limites de l'article 913 et y auraient substitué, comme le leur permet l'article 917, le quart de pleine propriété, ce qui aurait également rendu impossible toute libéralité postérieure... Ce sont là des suppositions, non-seulement gratuites et arbitraires, mais pleinement illégales ; car vous n'avez aucune raison, aucun prétexte de dire que celui qui a donné une moitié d'usufruit quand la loi le lui permettait, l'aurait également donnée si la loi le lui avait défendu : la première donation est faite dans les limites de la loi, vous ne pouvez donc pas argumenter comme si elle était excessive. »

Cette doctrine, pour le plus grand développement de laquelle nous renvoyons à notre explication de l'article 1100 et qui ne nous paraît pas avoir été remarquée jusqu'ici, nous semble être d'une exactitude incontestable. Notre question, si importante dans la pratique et si profondément controversée, au lieu de

pouvoir se résoudre absolument et toujours pour la validité de la libéralité postérieurement faite à l'étranger, comme le veulent MM. Valette, Molinier, Pont et autres, ou absolument et toujours pour la nullité, comme le veut la Cour de cassation, doit se résoudre par une distinction : si le don d'abord fait au conjoint est de nature à s'imputer sur l'un comme sur l'autre disponible, il s'imputera tout naturellement sur le disponible ordinaire, en sorte que, s'il lui est égal, l'étranger ne pourra plus rien recevoir ; mais si ce don n'a pu se faire valablement que d'après la règle exceptionnelle de l'article 1094, on ne devra tout naturellement aussi l'imputer sur le disponible ordinaire que pour la partie que l'article 913 permettait de donner, et le surplus pourra dès lors être attribué à l'étranger.

Nous signalons donc aux jurisconsultes studieux le récent arrêt de la Cour d'Aix et les nombreux arrêts conformes de la Cour suprême[1] comme violant, tout à la fois, et les principes de la loi et la volonté bien évidente (et très-légale) du père de famille.

5. — (Req. 1er déc. 1851; *Dall.*, 51, 1, 309; *Devill.*, 51, 1, 805.) — Les arrêts ci-dessus sont les seuls (du moins parmi ceux qui nous ont semblé présenter une importance doctrinale assez grande pour être signalés et discutés dans cette *Revue*) qui nous aient paru contraires aux principes, et nous adoptons pleinement la solution de tous ceux dont il nous reste à parler.

Au premier rang de ces décisions vraiment juridiques, nous devons placer un récent arrêt par lequel la Cour de cassation vient de consacrer, pour la troisième fois en une année, la doctrine par nous soutenue, et nous n'hésitons pas à dire la

[1] Cass. 24 juill. 1839; Cass. 22 nov. 1843; Cass. 24 août 1846; Cass. 27 déc. 1848; Cass. 7 mars 1849 (Devill., 39, 1, 633; 44, 1, 69; 47, 1, 39; 49, 1, 80 et 338). — On peut remarquer que tous ces arrêts sont des arrêts *prononçant cassation*, ce qui indique l'énergique persistance des Cours d'appel dans la doctrine contraire. Malheureusement, cette persistance va déjà s'amoindrissant; plusieurs Cours d'appel ont abandonné leur précédente jurisprudence, qui se plaçait en effet, comme on l'a vu, sur un mauvais terrain et ne s'appuyait que sur de fausses bases. Que la question soit mieux étudiée, que des hommes plus éminents que nous, que des magistrats éclairés, ceux surtout du ministère public, portent leur attention sur les idées nouvelles que nous leur soumettons, et nous avons la ferme espérance que ces idées seraient favorablement accueillies : la Cour suprême, dans son profond désir de chercher la vérité, arriverait bientôt à en reconnaître l'exactitude et à se départir d'une règle qui, parfaitement légale dans un cas, devient exagérée dans l'hypothèse qui nous occupe et qui est précisément la plus fréquente.

seule vraie, sur l'importante question de savoir si la dot mobilière est ou n'est pas inaliénable.

On connaît la longue et profonde controverse qui, sous le Code civil, a divisé sur ce point les meilleurs esprits. Quelques écrivains professent que la dot mobilière est inaliénable aussi bien que la dot immobilière, et M. Dalloz n'a pas craint d'avancer qu'il en était ainsi dès la législation romaine. Mais nous avons, comme M. Troplong, énergiquement combattu cette fausse idée, et on nous permettra de résumer ici brièvement les preuves que nous avons données, soit dans notre commentaire de l'article 1554, soit dans un précédent article de cette *Revue* (t. I, p. 602), de l'aliénabilité de la dot mobilière, tant à Rome que dans notre droit moderne.

A Rome, l'inaliénabilité ne frappait que l'immeuble dotal : *dotale* PRÆDIUM, dit la loi Julia (Caii comm. II, 63); *dotale* PRÆDIUM, répète Justinien (Inst. II, tit. 8, pr.), en ajoutant qu'il a étendu ce principe, *des immeubles* de l'Italie *aux immeubles* de la province : *non super italicis tantummodò* FUNDIS, *sed pro omnibus*. Les divers commentateurs, Brisson, Voet, Vinnius, Cujas, etc., répètent à l'envi qu'il ne s'agit que des immeubles, les meubles restant aliénables : *in rebus tantùm* SOLI, *mobiles vero res* ALIENARI POSSE. — Notre Code reproduit la même idée, et certes bien nettement : l'article 1554 déclare inaliénables LES IMMEUBLES *constitués en dot;* les articles 1557, 1558, 1559 et 1560, en réglant les exceptions ou les conséquences du principe de l'inaliénabilité, ne parlent également que de L'IMMEUBLE *dotal* ou du FONDS *dotal;* enfin la rubrique même de la section déclare n'édicter l'inaliénabilité que DU FONDS *dotal*, ce qui est d'autant plus significatif que, sous d'autres rapports, cette même rubrique déclare que la section va s'occuper *des* BIENS *dotaux* en général, ce qu'elle fait effectivement. Quoi de plus clair que ce contraste de la rubrique : *Des droits du mari sur* LES BIENS DOTAUX, *et de l'inaliénabilité* DU FONDS DOTAL? — La doctrine contraire, d'ailleurs, ne se condamne-t-elle pas assez par le résultat, absurde et inhumain tout ensemble, auquel elle conduirait? S'il était vrai, en effet, que le principe de l'inaliénabilité existe aussi bien pour les meubles que pour les immeubles, il

s'ensuivrait ceci que, les exceptions apportées à ce principe n'étant admises que pour les immeubles (art. 1557 et suiv.), les meubles resteraient invinciblement et toujours sous le coup de la règle, en sorte que même pour tirer le mari de prison, pour payer les dettes les plus sacrées, pour donner du pain aux enfants, les meubles dotaux ne pourraient pas être vendus, ainsi qu'un jugement du Tribunal de la Seine (réformé en appel, bien entendu) a eu le triste courage de le juger en 1849 !

Donc la dot mobilière est incontestablement aliénable; les immeubles seuls sont frappés de l'inaliénabilité.

Or ce principe, si important et si certain, on allait depuis bientôt trente années répétant partout qu'il était répudié par la jurisprudence de la Cour de cassation. Les nombreux partisans de ce principe, aussi bien que ses rares adversaires, proclamaient de tous côtés, à l'École comme au Palais, ce prétendu fait que les arrêts de la Cour suprême tenaient pour l'inaliénabilité de la dot mobilière; et il faut même dire que c'est ce prétendu fait, approuvé par les uns, critiqué par les autres, qui a toujours entretenu, à cette doctrine hérétique de l'inaliénabilité des meubles, un certain nombre de partisans, recrutés parmi ces esprits pour qui la raison du plus fort est toujours la meilleure, et qui trouvent plus commode de se soumettre à de mauvais arrêts que de les combattre. Mais ce prétendu fait n'existait pas, ce n'était qu'une fausse apparence résultant du langage impropre des arrêts de la Cour suprême, qui tout en mettant partout *le mot* d'inaliénabilité, s'est toujours bien gardée d'admettre jamais *la chose*. On voit, en effet, en examinant l'un après l'autre les différents arrêts rendus par la Cour sur cette question [1], qu'ils se réduisent tous à cette proposition : « Tandis que la dot immo» bilière est véritablement et proprement inaliénable, la dot mo» bilière l'est seulement *en ce sens* que LA FEMME *ne peut pas en* » *disposer;* car *le mari en a* LA LIBRE ET ENTIÈRE DISPOSITION. » Or, ainsi que nous en avons déjà fait l'observation aux endroits cités plus haut (observation que M. Dalloz, à notre grand regret,

[1] Rej. 1er févr. 1819; Rej. 26 mai 1836; Cassat. 2 janv. 1837; Rej. 12 août 1846; Rej. 29 août 1848; Rej. 18 févr. 1851 (Dev., 36, 1, 775; 37, 1, 98; 46, 1, 602; 48, 1, 721; Dalloz, 51, 1, 81).

a toujours laissée sans réponse en essayant de contester notre doctrine), il est parfaitement évident qu'un bien *dont quelqu'un peut* DISPOSER, un bien qui *peut être* ALIÉNÉ est un bien ALIÉNABLE, et que l'impossibilité de disposer qui atteint une autre personne constitue dès lors une incapacité de cette personne, et nullement l'inaliénabilité de la chose.

Donc, de par les arrêts de la Cour de cassation comme de par la loi, la dot mobilière est aliénable, et les immeubles dotaux sont seuls frappés de l'inaliénabilité.

Or cette idée fondamentale, cette idée qui peut seule servir de point de départ pour la théorie des questions ultérieures que fait naître la dot mobilière, notamment en cas de jugement de séparation de biens, cette idée se trouve enfin constatée formellement par le nouvel arrêt que nous signalons ici. La Cour de cassation, après avoir toujours admis les choses, mais sans les exprimer nettement, arrive enfin ici à formuler catégoriquement sa pensée, et elle proclame positivement que la dot immobilière est bien *la seule* qui soit inaliénable. Il est vrai que malgré cela, M. Dalloz, en annotant l'arrêt et en rappelant notre doctrine à cet égard, évite encore cette fois de se prononcer sur ce point de départ de la théorie, et ne dit rien de la déclaration si précise de l'arrêt; mais cette déclaration ne nous est pas moins acquise : « *Attendu*, dit cet arrêt de décembre 1851 (en exprimant très-clairement, cette fois, la pensée constamment admise par les arrêts antérieurs, et récemment encore par ceux des 18 février et 26 août 1851), *que le principe de l'inaliénabilité de la dot, posé par l'article* 1554, NE S'APPLIQUE, *d'après les termes mêmes de cet article*, QU'AUX SEULS IMMEUBLES, *et que son extension aux meubles ne saurait se concilier avec les dispositions du Code...* »

Ainsi, l'idée maintenant est bien reconnue, la dot immobilière est seule inaliénable, et les démonstrations ultérieures que nous avions déjà déduites de cette idée, et sur lesquelles nous aurons un jour ou l'autre l'occasion de revenir, se trouvent ainsi pleinement justifiées.

6. — (ROUEN, 10 MARS 1851 : *Dall.*, 51, 2, 216; *Devill.*, 51, 2, 699.) — C'est aussi un bon arrêt que celui par lequel la

Cour d'appel de Rouen décide que la défense adressée à l'enfant naturel par l'article 908 C. civ., de rien recevoir, par donation ou testament, au delà de ce qui lui est accordé au titre des successions, ne se réfère qu'aux libéralités faites par le père ou la mère qui a reconnu cet enfant, et nullement à celles que lui ferait un des parents de ces père ou mère.

A vrai dire, ce n'est pas là une question, et nous n'aurions pas signalé cette solution, si, par une aberration vraiment étrange, le contraire n'avait été jugé par un ancien arrêt de la Cour de Besançon (25 juin 1808), et tout récemment par le Tribunal de Dieppe, dans le jugement dont la Cour de Rouen a fait justice. « Il est bien clair, avons-nous dit dans notre commentaire de l'article 908, que le titre des successions n'accordant un droit quelconque au bâtard que sur la succession de ses père et mère, c'est donc uniquement vis-à-vis de ceux-ci qu'est posée son incapacité de rien recevoir au delà de ce qui lui est accordé. Il est vrai que l'article 756 ne lui accorde aucun droit sur la succession légitime des parents de ses père et mère; mais ce n'est certes pas une raison pour qu'il n'en puisse pas recevoir des libéralités. Au contraire, puisqu'il ne lui est rien accordé, ce n'est donc pas par rapport à eux qu'est mise l'incapacité de recevoir *plus que ce qui est accordé.* » Entendre l'article 908 dans le sens absolu et vraiment incroyable de la Cour de Besançon et du Tribunal de Dieppe, au lieu du sens purement relatif à ceux sur les biens desquels *quelque chose est accordé* à l'enfant par le titre des successions, ce serait dire que cet enfant ne peut rien recevoir d'aucun étranger, ni d'un ami, ni de son conjoint lui-même (hormis le cas d'absence de tout successible), puisque, pour ces personnes, il ne lui est rien accordé par le titre des successions. Ainsi, ce bâtard, qui serait de plein droit le successeur *ab intestat* de tous les biens de sa femme, si celle-ci mourait sans aucun parent au douzième degré (art. 767), ne pourrait pas recevoir d'elle le moindre legs, du moment qu'elle laisserait un petit-cousin ou tout autre parent appelé à sa succession !!!

On ne comprend pas de pareilles idées, et il est inutile de dire que tous les auteurs qui ont prévu la question, Grenier, Toullier, Loiseau, Saintespès-Lescot, tous enfin ont présenté

comme évidente, et elle l'est en effet, la doctrine que consacre ici la Cour de Rouen.

7. — (MONTPELLIER, 29 JUIN 1849; *Dall.*, 51, 2, 214.) — C'est également une solution parfaitement exacte que celle de l'arrêt par lequel la Cour de Montpellier déclare valable la stipulation d'une servitude future en faveur d'un immeuble dont le stipulant pourra devenir propriétaire plus tard, et pour le cas où il le deviendrait.

En vain on dirait, comme on paraît l'avoir fait devant la Cour de Montpellier, que du moment que le stipulant n'est pas actuellement propriétaire de l'immeuble au profit duquel la servitude doit s'exercer, le droit à naître immédiatement de la stipulation n'existerait donc que pour la personne, non au profit de l'immeuble, et constituerait dès lors une espèce de servitude personnelle prohibée par la loi. Ce n'est là qu'un sophisme. Sans doute le droit naissant immédiatement de la stipulation n'est pas une servitude réelle, puisque les deux fonds indispensables à l'existence d'une telle servitude ne sont pas encore en présence; mais ce n'est pas non plus une servitude personnelle, ce n'est pas une servitude quelconque, c'est un droit purement personnel *ab utraque parte*. L'acte n'est pas une concession actuelle de droit réel, un établissement immédiat de servitude, c'est simplement la promesse conditionnelle d'une servitude future dont voici la formule : l'immeuble A, si vous l'acquérez, jouira de telle servitude sur mon immeuble B. Il est manifeste qu'une telle promesse est parfaitement valable, aussi bien qu'une promesse de vente, aussi bien que toute autre convention; et c'est avec raison que la Cour de Montpellier l'a ainsi jugé.

8. — (CASS. CRIM., 21 FÉVR. 1851; *J. P.*, 1851, 2, 449.) — Plusieurs arrêts pourraient encore mériter d'être signalés; mais les uns ne font que confirmer des points déjà bien constants en doctrine et en jurisprudence (notamment celui par lequel la Cour d'Agen décide que les testaments ne sont point soumis à l'article 504 du Code civil et peuvent, d'après l'article 901, être attaqués pour démence, bien que l'interdiction du testateur n'ait été ni prononcée ni provoquée avant son décès; 7 mai 1851 : *J. P.*, 1851, 2, 427); d'autres ont été appréciés déjà par cette *Re-*

vue. Tel est celui par lequel la même Cour décide que le jugement criminel qui déclare une personne non coupable du délit à raison duquel elle était poursuivie, n'empêche pas de déclarer ensuite cette personne civilement tenue de dommages-intérêts à raison du même fait. Cet arrêt, du 20 janvier 1851, a déjà été approuvé dans l'examen doctrinal de mars 1851 (t. II, p. 526), et nous avons eu occasion ensuite, dans l'examen doctrinal du mois de mai (*ibid.*, p. 658), d'exposer succinctement, en critiquant un arrêt d'Orléans, la théorie complète, et si mal comprise jusqu'à ces derniers temps, de *l'influence sur le civil de la chose jugée au criminel.*

Nous pourrions donc terminer ici cet article jurisprudentiel. Mais nous ajouterons quelques mots sur l'arrêt de cassation du 21 février 1851, qui juge, en matière de droit criminel, une question sur laquelle on voit les Cours d'appel errer fréquemment et qui est précisément celui lors duquel nous avons eu pour la dernière fois l'honneur de plaider devant la Cour suprême.

Rien n'est plus commun que de voir les Cours d'appel (jugeant correctionnellement) se méprendre sur les caractères légaux du délit d'escroquerie, lequel n'existe, aux termes de l'article 405 C. pén., qu'autant qu'il y a eu emploi de manœuvres frauduleuses faisant naître la persuasion de faits ou d'événements chimériques, et au moyen desquelles le prévenu s'est fait remettre des fonds, meubles, obligations, billets, quittances ou autres objets appartenant à la personne trompée. Il faut donc, pour qu'il y ait escroquerie, la réunion de ces trois circonstances : 1° que les manœuvres aient eu pour but et pour résultat de faire naître la croyance d'un fait ou d'un événement chimérique ; 2° qu'il y ait eu remise, par le trompé au trompeur, de valeurs appartenant au premier ; 3° enfin que cette remise ait été déterminée par la fausse croyance.

La Cour d'appel de Rouen avait cru voir le délit d'escroquerie dans les faits suivants. Le nommé B..., directeur d'une filature, au moyen d'un élargissement frauduleux de son dévidoir, donnait à filer à ses ouvriers des écheveaux de 1,013 mètres qui étaient censés n'en avoir que 1,000 et n'étaient payés qu'à raison de cette dimension ; d'un autre côté, les poids servant à tarer les

paniers dans lesquels on livrait le coton à filer avaient été surchargés, en sorte que les ouvriers perdaient encore le salaire d'un poids de coton filé égal à la différence entre le poids vrai et le poids faux. « Attendu, avait dit la Cour d'appel en présence » de ces faits, que la falsification de l'appareil de numérotage » et l'emploi des poids surchargés constituaient des manœuvres » frauduleuses à l'aide desquelles B... S'EST FAIT REMETTRE *par* » *ses ouvriers une partie du produit de leur travail*, DANS LA » FAUSSE ESPÉRANCE *d'en recevoir le salaire*, et par là escroqué » une partie de leur fortune. »

Or rien n'était plus inexact que ces idées, et la solution de l'arrêt de Rouen (quoique trouvée fort juste par de très-bons esprits, qui nous détournaient de la frapper de pourvoi) n'était qu'une violation bien certaine de la loi. Ce n'était pas seulement une des trois conditions indiquées ci-dessus qui manquait dans l'espèce; elles manquaient toutes trois ensemble.

D'une part, en effet, les manœuvres frauduleuses (c'est-à-dire l'élargissement du périmètre du dévidoir et la surcharge de la tare), bien loin d'avoir eu pour but et pour résultat de faire naître dans l'esprit des ouvriers l'idée d'un événement chimérique, c'est-à-dire d'un payement qui ne devait pas se réaliser, avaient précisément pour but et pour résultat d'empêcher cette idée de naître : c'était précisément pour que les ouvriers n'eussent pas connaissance du payement qu'ils étaient en droit d'exiger et qui ne devait pas s'effectuer, que B... employait ces manœuvres... La seconde condition n'existait pas plus que la première; il n'y avait pas remise, par le trompé au trompeur, de valeurs appartenant au premier, puisque les ouvriers ne livraient que du coton filé, coton qui appartenait à B... La troisième condition ne pouvait pas exister davantage, puisqu'elle consiste dans la cause déterminante de la remise de choses appartenant au trompé, et que cette remise même n'existait pas.

Aussi, sur les observations par nous présentées et qui n'étaient que le développement des trois idées qui viennent d'être sommairement indiquées, ces idées furent accueillies par la Cour et l'arrêt de Rouen fut cassé, comme il le devait être, pour violation de l'article 405 du Code pénal.

V. MARCADÉ.

ARBITRAGE VOLONTAIRE EN MATIÈRE CIVILE ET EN MATIÈRE COMMERCIALE.

CLAUSE COMPROMISSOIRE.

Examen critique de la jurisprudence de la Cour de cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire.

Par M. Victor MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. État de la doctrine et de la jurisprudence sur la clause compromissoire.
2. Utilité et importance de cette clause.
3. Considérations sur l'arbitrage. — Son utilité pour le commerce.
4. Aperçus historiques.
5. État et esprit de la législation actuelle en matière d'arbitrage. Elle l'envisage avec faveur. — Cas divers.
6. Premier cas. Les parties ont nommé, dans un acte, les arbitres qui doivent statuer sur le contentieux auquel il peut donner lieu.
7. Mode de procéder dans ce cas. — A partir de quelle époque courra le délai pour l'expiration du compromis.
8. Deuxième cas. Les arbitres ont été pris dans un ordre de personnes remplissant certaines fonctions.
7. Troisième cas. La nomination des arbitres a été conférée à un tiers, à un fonctionnaire ou à un tribunal désigné.
8. *Quid* si le tiers vient à mourir ou refuse de désigner les arbitres? — Y a-t-il obligation pour le juge de faire la nomination en exécution de la clause qui la lui défère?
9. Quatrième cas. Les parties ont simplement convenu dans un acte que toutes les difficultés relatives à son exécution seront jugées par des arbitres.
10. Validité de cette convention.
11. Elle n'offre rien de contraire à l'esprit de notre législation et aux principes généraux. — Dispositions de la loi sur la procédure civile du canton de Genève qui réglementent les clauses compromissoires.
12. Examen des objections contre la validité de la clause compromissoire que fournissent les arrêts de la Cour de cassation.
13. *Première objection.* L'arbitrage n'offre qu'un *droit exceptionnel* dont l'exercice ne doit se produire que dans les conditions sous lesquelles il a été accordé. — Réponse.
14. Examen des travaux préparatoires du Conseil d'État sur le titre du Code de procédure relatif aux arbitrages.
15. *Deuxième objection* basée sur l'article 1006 du Code de procédure. — Cet article ne régit que la forme du compromis, et n'est pas applicable à la

promesse de compromettre. — La doctrine a toujours établi une différence entre la promesse de consentir un contrat et le contrat qui en fait l'objet.

16. *Troisième objection.* La promesse de compromettre offre des dangers qui ont déterminé le législateur à la repousser. — Réponse.

17. *Quatrième objection.* On ne peut rien induire, en faveur de la validité de la clause compromissoire, des articles 51 et 332 du Code de commerce, qui n'offrent que des exceptions au droit commun. — Réponse.

18. Erreur dans laquelle est tombée la Cour de cassation lorsqu'elle a dit que les assurances terrestres ne constituent pas des actes de commerce. — Les dispositions du Code de commerce sont applicables aux assurances terrestres pour tout ce qui ne tient pas au commerce maritime.

19. Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1850.

20. Résumé.

21. Effets de la clause compromissoire. — Droits qu'elle engendre, moyens d'exécution.

22. Conclusions.

1. Cette REVUE a principalement pour mission de soumettre à une critique loyale et consciencieuse les principes consacrés par la jurisprudence des cours et tribunaux, d'exposer la portée d'application de ces principes, de signaler ce qu'ils peuvent offrir d'inexact, de trop absolu et de contraire à la pensée du législateur. C'est pour accomplir cette tâche que nous croyons devoir nous occuper de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage volontaire par rapport à cette clause, dont l'usage était devenu fréquent, et qu'on désigne sous la qualification de *clause compromissoire*. La doctrine avait, dans l'origine, assez généralement admis la validité de la convention par laquelle les parties s'engagent à l'avance à soumettre les contestations auxquelles un contrat pourra donner naissance à des arbitres qu'elles doivent nommer [1]. La Cour de cassation, appelée

[1] Voici l'indication des principaux auteurs qui ont émis leurs opinions sur la question :

I. *Pour la validité de la clause compromissoire :* ALAUZET, Des assurances, I, n° 205. - BELLOT-DESMINIÈRES, De l'arbitrage, II, n° 34. — BIOCHE et GOUJET, v° *Arbitrage*, n° 126. — CARRÉ et CHAUVEAU, VI, quest. 3274 et 3279. — CUBASSON, Compétence des juges de paix, I, p. 45. — DALLOZ, Répertoire, v° *Arbitrage*, n° 454. — DEVILLENEUVE, Recueil des lois et arrêts, XXXIX, 2, 228. — DELAMARRE et LEPOITVIN, Du contrat de commission, III, p. 357. — GOUBEAU DE LA BILENNERIE, De l'arbitrage, I, p. 120. — MONTGALVY, De l'arbitrage, I, n° 246. — PARDESSUS, Droit commercial, VI, 1391. — RODIÈRE, Procédure civile, III, p. 39. — VATIMESNIL, Encyclopédie du droit, v° *Arbitrage*, n° 39.

II. *Pour la nullité :* BONNIER, Procédure civile, II, n° 1476. — BOURBEAU, Procédure civile, p. 518. — CHAMPIONNIÈRE, Revue de législation, XVII, p. 237. — MARCADÉ, Revue critique, t. I, p. 65. — MASSE, Droit commercial, IV, n° 116. — MERLIN, Quest. de droit, v° *Arbitrage*, § 15. — PONT, Revue de législat., XIX, p. 252,

à se prononcer sur la valeur légale de cette clause, l'a déclarée contraire à la loi et dépourvue de toute force obligatoire [1]. J'avais toujours admis la solution opposée, et l'examen des principes sur lesquels repose la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas ébranlé mes convictions. Je vais exposer les raisons sur lesquelles elles sont fondées. Il s'agit d'un point de doctrine qui a une très-grande portée d'application, et en supposant même que les règles adoptées par la jurisprudence dussent définitivement être acceptées, il serait toujours utile de signaler les espèces dans lesquelles la différence des faits peut influer sur les solutions.

2. La clause compromissoire satisfaisait assurément à un besoin, puisqu'on la rencontrait dans un grand nombre d'actes dont les décisions des tribunaux tendraient à l'évincer. On l'insérait principalement dans les polices d'assurances terrestres, dans les actes qui constataient les sociétés civiles et les marchés industriels. Elle commençait aussi de s'introduire dans les baux à loyer et à ferme, et on la voyait quelquefois figurer dans les partages. Il faut, en effet, reconnaître qu'il pouvait y avoir dans certains cas, par rapport à ces contrats, avantage pour les parties de s'assurer un mode de jugement qu'il dépendrait d'elles de rendre prompt, peu coûteux et qui statuerait sur leur contentieux sans cette publicité retentissante qui initie tout le monde à l'état des affaires de ceux qui ont le malheur de plaider.

La question de la validité ou de la nullité de la clause compromissoire touche donc à de grands intérêts. Elle se rattache aux bases de notre organisation judiciaire et aux règles du droit civil qui se réfèrent à la liberté de conventions. Elle amène l'examen de la divisibilité ou de l'indivisibilité des diverses par-

[1] Arrêts des 10 juillet 1843, 21 février et 2 décembre 1844 et 30 juillet 1850 (Dalloz, *Rép.*, v° *Arbitrage*, p. 502 et suiv. — Devilleneuve et Carette, 1843, 1, 561; — 1845, 1, 79; — 1850, 1, 577). — Il est à remarquer que les membres du parquet de la Cour de cassation n'ont pas été unanimes sur la clause compromissoire. M. l'avocat général Hello se prononça pour sa validité dans les conclusions qui précédèrent l'arrêt du 10 juillet 1843; M. Delangle conclut dans un sens conforme à l'arrêt du 2 décembre 1844; M. le procureur général Dupin, en ne s'occupant de la question que d'une manière accessoire, parut suivre la jurisprudence de la Cour dans les conclusions qui précédèrent l'arrêt du 30 juillet 1850.

ties des traités, car en brisant un acte pour ce qui concerne la soumission à l'arbitrage et en le maintenant pour le surplus, on peut s'exposer à enlever aux parties le bénéfice d'une convention qui a été une des causes déterminantes de leur consentement. En matière commerciale surtout, le secret peut avoir une importance telle que, sans la soumission à la juridiction arbitrale, une opération n'eût pas été entreprise et un traité n'eût pas été conclu. Lorsque des affaires doivent s'exécuter en pays étranger dans des contrées lointaines, où la justice locale pourrait ne pas offrir des garanties convenables, il peut importer beaucoup de s'assurer, pour le jugement du contentieux, le bénéfice de l'arbitrage qui par sa nature est propre à fonctionner en tout lieu avec une utile promptitude.

3. Pour arriver à une appréciation exacte de la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient d'abord de bien saisir l'esprit des dispositions de nos lois relatives à l'arbitrage en remontant à quelques notions historiques propres à mettre au jour la pensée de ceux qui les ont rédigées. Il n'est pas nécessaire, pour atteindre ce but, de remonter à l'antiquité et de montrer dans l'arbitrage une institution sainte et vénérée qui obtint dans tous les temps le respect des peuples, parce que la raison individuelle s'efface devant la décision des juges auxquels elle s'est elle-même soumise, et parce que la simplicité et la promptitude des jugements est un bienfait pour les populations, au sein desquelles elles rétablissent la concorde et elles étouffent les mauvaises passions. C'est dans ses rapports avec notre organisation judiciaire et avec notre système de procédure que la question qui fait l'objet de ce travail doit être envisagée. En nous renfermant dans ces limites, constatons d'abord que l'importance de l'arbitrage et la faveur dont il a joui a toujours dû dépendre de l'état de la justice publique. Plus l'organisation judiciaire présentera de garanties, plus la marche de la procédure sera simple et économique, moins les parties seront disposées à substituer la justice privée à celle qui est organisée par l'État. Sommes-nous arrivés à un perfectionnement de notre organisation judiciaire et de notre procédure civile qui puisse permettre de resserrer dans des limites de plus en plus étroites la liberté des contractants par

rapport à l'arbitrage? Assurément la France est un des pays dans lesquels la justice est le mieux administrée. Cependant reconnaissons que l'arbitrage a encore à y remplir, sous l'empire de nos institutions judiciaires, une mission. Il y a plus : lors même que l'organisation de la justice et la procédure viendraient à atteindre parmi nous leur plus grand perfectionnement, il est des opérations à la nature desquelles l'arbitrage s'adapte mieux pour le jugement du contentieux, et il y aurait encore nécessité de maintenir, en vue de ces affaires, le droit de convenir qu'elles ne seraient pas portées devant les tribunaux. C'est ce qui a été reconnu dans tous les temps et ce que quelques aperçus historiques vont démontrer.

4. Avant la révolution de 1789, l'arbitrage fut traité avec faveur par le droit des ordonnances et avec défaveur par la jurisprudence des corps judiciaires. On s'arrête avec intérêt sur les édits du chancellier de L'hospital qui tentèrent, pour un assez grand nombres de cas, de substituer la justice arbitrale aux interminables et coûteuses procédures de la justice ordinaire [1]. Si les dispositions que ces édits contenaient ne purent pas réaliser tout le bien qu'elles pouvaient produire, c'est parce que leur mise en pratique rencontra une vive opposition sous des institutions qui déclaraient la justice patrimoniale et parce qu'on laissa les sentences arbitrales sans force exécutoire.

Plus tard, lorsque la révolution de 1789 eut renversé l'ancien ordre judiciaire, l'arbitrage se trouva encore compromis, parce que sa valeur fut exagérée. Les assemblées nationales investies de la souveraineté s'efforcèrent, avec une sollicitude jalouse, d'amoindrir l'action des corps judiciaires. Elles recommandèrent l'arbitrage, elles l'imposèrent aux citoyens, elles établirent des arbitres publics, elles organisèrent des tribunaux de famille. Des représentants envoyés en mission dans les départements pri-

[1] Édit de François II, du mois d'août 1560, portant que tous différends entre marchands pour faits de leur commerce, les demandes de partage et les comptes de tutelle et administration, seront renvoyés à des arbitres (Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 51). — 1566, Ordonnance donnée à Moulins par Charles IX, portant, dans son article 83, que l'ordonnance des arbitres pour le jugement des causes entre proches parents, en fait de partages et autres différends, sera gardée et observée sans empêchement quelconque (*Id.*, t. XIV, p. 311),

rent des arrêtés par lesquels ils enjoignirent aux citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres et leur interdirent l'appel. Tous ces efforts n'eurent pour résultat que de discréditer une institution qui n'a de valeur réelle qu'autant qu'elle est acceptée et qu'on la rattache à la liberté des conventions.

5. C'est en présence de ces enseignements du passé que furent créées les institutions judiciaires qui nous régissent et que fut rédigé notre Code de procédure civile. La constitution du 22 frimaire an VIII déclarait, dans son article 60, que la principale fonction des juges de paix consistait à concilier les parties qu'ils devaient inviter, en cas de non-conciliation, à se faire juger par des arbitres. Elle reconnaissait par là, comme l'avait fait l'assemblée constituante, que l'arbitrage pouvait offrir un moyen simple et raisonnable de terminer les contestations [1]. La loi organique du 27 ventôse an VIII consacra, par une disposition expresse, le droit des citoyens de se faire juger par des arbitres. Les rédacteurs du Code de procédure civile eurent pour mission de réglementer l'arbitrage, et c'est ce qu'ils firent en lui consacrant un titre spécial qui contient des dispositions beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus détaillées que celles des lois antérieures. Les auteurs du Code de commerce furent plus loin; ils maintinrent l'*arbitrage forcé* pour le jugement de tout un ordre de contestations, de celles qui peuvent s'élever entre associés à raison de sociétés commerciales (C. com., 51). Ils reproduisirent encore une disposition de l'ordonnance de la marine de 1681 qui reconnaissait aux parties, en matière d'assurances, le droit d'insérer dans les polices la clause compromissoire (C. com., 332).

En jetant un coup d'œil d'ensemble sur notre législation, nous constatons donc trois choses : Premièrement, que l'arbitrage est envisagé avec faveur, puisqu'on charge les juges de paix de le conseiller aux parties lorsqu'ils ne peuvent pas les concilier et puisqu'on l'impose en matière de société commerciale; secondement, que le recours à la justice publique ne doit se produire qu'autant qu'il n'a pu intervenir entre les parties ni transaction

[1] Loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, art. 1er.

ni compromis; troisièmement, que toute liberté doit être laissée aux parties capables de contracter et par rapport aux droits dont elles ont la disposition, de faire toutes les conventions propres à établir l'arbitrage. C'est à l'aide de ces données induites de la législation qui nous régit, que nous allons parcourir quelques hypothèses présentant des circonstances de fait propres à influer sur le droit qui leur est applicable.

Premier cas.—Les parties ont déclaré dans un acte que les questions contentieuses qui pourront surgir des conventions qu'il contient, seront jugées par des arbitres qu'elles ont nominalement désignés.

6. Dans cette espèce les parties, en se liant par des conventions, ont établi un tribunal arbitral pour statuer sur les difficultés contentieuses que l'exécution de ces conventions pourra soulever. Rien ne nous paraît plus licite et plus légal. Dans cette hypothèse, les arbitres sont nommés et désignés par leurs noms. Le mandat qui leur est déféré est renfermé dans des limites déterminées. On a donc, au besoin, complétement satisfait aux prescriptions de l'article 1006 du Code de procédure civile. Il y a seulement cette circonstance particulière que les parties compromettent sur des litiges éventuels qui ne sont pas encore nés; mais les choses futures peuvent être l'objet d'une convention (C. Nap., 1130). Au reste une disposition expresse de nos lois, celle de l'article 1854 du Code Napoléon, autorise, en matière de société, l'établissement d'un arbitrage à futur pour le règlement des parts des associés [1] : cela démontre que l'arbitrage sur des difficultés à naître n'offre rien de contraire aux principes généraux. De même qu'on peut *transiger* en vue de l'éventualité d'un procès qui pourrait surgir (C. Nap., 2044), on doit, en étendant plus largement sa prévoyance dans l'avenir, pouvoir aussi *compromettre* sur des procès éventuels et spécifiés qui ne sont pas encore nés. « Pour qu'une contestation puisse être la matière d'un arbitrage, dit M. Merlin, il n'est pas nécessaire qu'elle soit actuellement née; il suffit qu'elle puisse naître, comme il suffit qu'un différend soit possible pour que, sans le désigner spécifi-

[1] Ce règlement a les caractères d'une sentence arbitrale. *V.* sur ce point notre *Traité du droit commercial*, t. I, p. 336, n°s 383, 384.

quement, on puisse en faire la matière d'une transaction [1]. »

7. Mais en l'absence de toute disposition qui détermine le délai dans lequel les arbitres devront statuer, comment appliquera-t-on, dans l'espèce, les dispositions de l'article 1007 du Code de procédure civile qui limitent à trois mois la durée de la mission des arbitres, en faisant courir ce délai du jour du compromis?

Rien de plus simple que la réponse à faire à cette question. Celle des parties qui soulèvera une difficulté contentieuse dénoncera, par un acte, ses prétentions, déclarera qu'elle les soumet aux arbitres qui ont été nommés, et fera sommation à son adversaire de produire ses défenses et pièces conformément à l'article 1016 du Code de procédure. Le délai de trois mois courra à partir de cette sommation qui aura établi l'arbitrage en nantissant le tribunal arbitral de la connaissance du litige. Si le délai de trois mois expire sans qu'il soit intervenu de sentence, les parties auront épuisé la voie de l'arbitrage pour la question qui avait été soulevée. Cette question devra être portée devant la justice ordinaire, parce que, par rapport à elle, le compromis aura pris fin. Cela n'empêcherait pas de soumettre aux arbitres toute autre question nouvelle à laquelle le contrat pourrait donner naissance.

Deuxième cas. — Les parties ont déclaré dans un acte que les questions contentieuses qui pourront s'élever sur son exécution, seront jugées par des arbitres qu'elles choisissent dans un ordre déterminé de personnes, par exemple, par les trois plus anciens avocats de tel siége.

8. Dans l'espèce précédente, la nomination des arbitres avait été dictée par la confiance qu'inspiraient leurs qualités personnelles : dans l'espèce actuelle, le choix des parties est déterminé par les garanties de lumières et de probité que suppose l'admission à l'exercice de certaines fonctions ou professions.

Quoique l'article 1006 du Code de procédure exige que le compromis contienne, à peine de nullité, *les noms des arbitres*, nous nous prononçons pour la validité de la convention qui ne les désigne que par leur qualité. Ce que veut cet article, c'est

[1] *Quest. de droit*, v° *Arbitres*, § 15, p. 575.

qu'il ne puisse y avoir aucune incertitude sur les personnes que les parties entendent investir du mandat de statuer sur leurs différends. Or, dans l'espèce, le personnel du tribunal arbitral est désigné de manière à ne laisser aucun doute, et le vœu de la loi se trouve sous ce rapport pleinement accompli. S'il s'agissait d'une contestation déjà née, ce seraient les personnes qui se trouveraient revêtues, au temps du compromis, des fonctions pour lesquelles elles auraient été désignées qui seraient en général seules appelées à être arbitres, à moins qu'il n'apparût que les parties n'eussent eu en vue en les nommant que leur qualité. Lorsqu'il s'agit de contestations à naître, la pensée des contractants n'a pu se reporter qu'au temps auquel des questions contentieuses seront soulevées, et ce sont les personnes qui sont investies à cette dernière époque de la qualité qui a déterminé leur désignation, qui composeront le tribunal arbitral [1]. Dire que la nomination des arbitres ne peut émaner que d'une confiance accordée aux individus serait méconnaître la vérité et entraver, contrairement au vœu de la loi, l'exercice du droit de recourir à l'arbitrage. C'est pour guider le choix des parties que l'État confère des titres qui signalent au public la capacité et la moralité de ceux qui en sont revêtus. Lorsqu'on veut s'assurer, pour des contestations à naître, le bénéfice d'un mode de juger prompt, peu coûteux et *sine strepitu fori*, pourquoi serait-il défendu d'accepter, quant au choix des personnes, les garanties que peuvent offrir les titres destinés à appeler la confiance du public? Ne peut-on pas valablement constituer, dans un ajournement, le plus ancien des avoués de tel siége? ne peut-on pas, pour une opération commerciale, valablement investir de son mandat le plus ancien des courtiers ou des agents de change de telle place? Pourquoi ne pourrait-on pas, lorsqu'il s'agit de faire juger des différends, investir ces mêmes personnes des fonctions d'arbitre? Le mandat ne confère-t-il pas, dans la plupart des cas, des pouvoirs beaucoup plus étendus que le compromis, et cependant la loi ne défend pas les procurations en blanc qui s'adressent à des personnes inconnues!

[1] *Sic* Carré, quest. 3276.

TROISIÈME CAS. — Les parties ont conféré la nomination des arbitres à un tiers, à un fonctionnaire ou à un tribunal désigné.

7. Il peut arriver que les parties, pour mieux s'assurer le bénéfice de l'arbitrage et parce qu'elles ne s'accordent pas ou parce qu'elles craignent de ne pas s'accorder sur le choix des arbitres, en confient la nomination à un tiers ou à un tribunal. Cette convention peut s'appliquer au cas d'une contestation déjà née comme au cas des contestations qui pourront survenir à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Dans les deux hypothèses il s'agit de savoir si le choix des arbitres doit être tellement personnel aux parties qu'elles ne puissent pas le déléguer. En principe, chacun peut exercer ses droits par soi-même ou par autrui. La délégation n'offre, dans l'hypothèse, qu'un mandat, et le mandat peut intervenir en matière de compromis (C. Nap., 1989). Si je puis conférer à quelqu'un le pouvoir de compromettre en mon nom sur une difficulté qui est née ou qui peut naître, ne puis-je pas, à plus forte raison, en m'engageant à faire juger cette difficulté par des arbitres, conférer à un tiers les pouvoirs nécessaires pour choisir et désigner ceux qui devront juger? Dans le cas de l'article 332 du Code de commerce, quoique l'arbitrage soit réputé *volontaire*, on peut sans aucun doute établir dans une police que les difficultés qui s'élèveront entre l'assureur et l'assuré seront jugées par des arbitres nommés, sur la demande de l'une des parties, par le juge de paix ou par le président du tribunal de commerce. Pourquoi ne pourrait-il pas en être ainsi dans toute autre espèce de compromis? Si l'article 1006 du Code de procédure exige, sous peine de nullité, que cet acte contienne *les noms des arbitres*, c'est parce qu'il suppose que les arbitres sont choisis et parce qu'il est alors utile que cette nomination soit constatée par écrit, afin qu'elle ne puisse devenir l'objet d'aucune contestation [1]. Mais lorsqu'il s'agit de déléguer la nomination des arbitres, l'acte ne subit plus, quant à cette délégation, que l'application des règles qui lui sont spéciales. Or l'article 1012 du Code de procédure civile

[1] *V.* pour des détails sur ce point, *infrà*, p. 231, n° 15.

consacre et reconnaît le droit de déléguer à des tiers la constitution du tribunal arbitral, lorsqu'il décide que le compromis ne prend pas fin par le décès, le refus ou le départ des arbitres nommés, toutes les fois que les arbitres restants ont les pouvoirs nécessaires pour remplacer ceux qui ne peuvent pas juger. L'article 1017 du même Code exprime encore le même principe par rapport au tiers arbitre, en déclarant qu'il pourra être nommé par les arbitres partagés, s'ils y sont autorisés, ou par le président du tribunal s'ils ne s'accordent pas pour faire cette nomination. Des règles semblables sont appliquées à l'arbitrage forcé par les articles 55 et 60 du Code de commerce.

Nous croyons donc pouvoir admettre en principe que les parties ont la faculté de convenir que des difficultés qui les divisent ou qui pourront les diviser seront jugées par des arbitres nommés par un tiers désigné, par un magistrat ou par un tribunal, et que leur convention engendrera sur ce point une obligation civilement valable dont chacune d'elles pourra poursuivre et devra obtenir l'exécution.

Cette solution, si elle est admise, aura une grande portée pratique d'application. La clause compromissoire pourra, en effet, facilement se produire dans les contrats, dès qu'on admettra en principe : 1° qu'on peut valablement compromettre sur des contestations à naître ; 2° que l'objet du compromis est suffisamment spécifié par l'indication de la convention dans laquelle les questions litigieuses peuvent prendre leur source ; 3° que le choix et la nomination des arbitres peuvent valablement être conférés à un tiers, à un magistrat, à un tribunal.

8. Sur ce dernier point on peut se demander ce qui arrivera si le tiers vient à décéder ou s'il refuse de désigner les arbitres ; s'il y a obligation pour le magistrat désigné ou pour le tribunal de faire les nominations.

Si le tiers auquel les parties ont conféré le mandat de nommer les arbitres vient à décéder ou à ne pas accepter les pouvoirs qui lui ont été donnés, l'arbitrage n'aura pas lieu, les différends qui se seront élevés devront être portés devant la justice ordinaire. Le mandat se rattache à une confiance toute personnelle (C. Nap., 1984, 2003), et dans l'hypothèse la condition sous laquelle les

parties s'étaient soumises à l'arbitrage venant à défaillir, la clause compromissoire restera sans effet. Le principe consacré par l'article 1592 du Code Napoléon pour un cas analogue sera applicable.

S'il a été convenu que les arbitres seront nommés par un magistrat ou par un tribunal, il s'agit d'un acte de la juridiction volontaire et gracieuse [1] qu'il est du devoir du magistrat d'accomplir. Ce serait errer que de croire que la juridiction gracieuse est exceptionnelle et ne doit s'exercer que dans les cas qui sont expressément spécifiés par la loi. La mission du pouvoir judiciaire embrasse tout ce qui se rattache à l'exécution des conventions, lorsqu'elles n'ont rien de contraire à l'ordre public et aux intérêts généraux, tout ce qui touche aux intérêts privés. Souvent le juge est appelé à suppléer le fait de la partie [2], et ses attributions ne sont pas, à cet égard, limitées aux matières purement contentieuses. Son ministère doit encore intervenir toutes les fois que les contractants ont convenu d'accepter l'estimation faite par les experts qu'il aura désignés, ou le jugement rendu par les arbitres qu'il aura nommés. Dans ce cas comme les parties ne s'entendent pas pour faire un choix, l'office du juge devient nécessaire pour assurer l'exécution de la convention qu'elles ont faite. Le magistrat qui reconnaîtrait la validité de la convention par laquelle le jugement d'un différend serait soumis à des arbitres de son choix, et qui refuserait de nommer ces arbitres, se rendrait coupable d'un véritable déni de justice (C. Nap., 4; C. pr. civ., 506; C. pén, 185). Remarquons, en effet, qu'il dénierait aux parties toute espèce de jugement en constatant que la justice publique se trouverait dénantie, en refusant son ministère pour procurer l'action de la justice privée, et en laissant ainsi sans moyens d'exécution une convention dont il reconnaîtrait la force obligatoire.

QUATRIÈME CAS. — Les parties ont simplement convenu, dans un acte, que toutes les difficultés relatives à son exécution seront jugées par des arbitres.

9. Nous nous plaçons maintenant, comme on le voit, dans

[1] Voluntaria est (jurisdictio) quæ in VOLENTES exercetur. (Pothier, *ad Pand.*, lib. 2, tit. 1, art. 1.) — *V.* Merlin, *Rép.*, v^is *Juridiction gracieuse.*

[2] Dans le cas, par exemple, de l'article 55 du Code de commerce et de l'article 1017 du Code de procédure.

l'hypothèse d'une simple clause compromissoire. Après avoir établi qu'elle est valable et qu'elle lie les parties, nous aurons à rechercher quels devront en être les effets.

10. Nous avons maintenant à lutter d'une manière directe contre la jurisprudence de la Cour de cassation. Il faut assurément que nous rencontrions en nous une conviction bien profonde et que nous ayons le sentiment de l'utilité et de la légalité de la clause qu'on a voulu proscrire, pour que nous nous décidions à tenter de ramener les esprits dans les voies qui avaient été primitivement suivies. Nous éprouvons même, avant d'entreprendre cette tâche difficile, le besoin d'exprimer avec sincérité le respect que nous inspirent les décisions doctrinales des tribunaux. Toutes les fois que de simples doutes s'élèvent en nous sur un point de droit, nous conseillons d'admettre les solutions de la jurisprudence. Lorsque la raison individuelle hésite, ce qu'elle a de plus sage à faire, dans la science du droit, c'est de se rattacher aux précédents judiciaires et à l'opinion commune. Mais lorsque la jurisprudence paraît manifestement s'écarter de la pensée de la loi et vient introduire des prohibitions qui portent atteinte à des droits dont le maintien paraît utile, il est du devoir du juriste de ne pas céder par une condescendance qui trahirait les intérêts de la justice et de la vérité. La loi offre seule chez nous la règle que tous doivent observer et respecter; rappeler au maintien des droits qu'elle consacre, c'est vivifier le principe de l'autorité seul fondement de l'unité et de l'ordre au sein des sociétés humaines.

11. En principe les citoyens jouissent d'une liberté entière pour toutes les conventions qui se rattachent à leurs intérêts privés. Ils sont, en matière de contrats, les souverains appréciateurs de ce qui leur est utile. Ce qu'ils établissent a entre eux force de loi (C. Nap., 1134), et c'est en cela que consiste la liberté civile si hautement proclamée par notre Code. Cette liberté n'a d'autres limites que celles que lui assignent les intérêts généraux et l'ordre public (C. Nap., 6).

En envisageant la question qui nous occupe sous ce point de vue, on ne rencontre assurément rien de contraire aux intérêts généraux et à l'ordre public dans la convention par laquelle les

parties, traitant des droits dont elles ont la disposition, s'engagent respectivement à soumettre à des arbitres les difficultés que pourra soulever entre elles l'exécution d'un traité qu'elles ont fait. L'arbitrage est autorisé et même conseillé [1] par notre législation : comment dès lors pourrait-on contrevenir à la loi en promettant l'accomplissement d'un fait qu'elle autorise d'une manière expresse et qu'elle recommande même comme un acte de sagesse!

Voulons-nous, pour mieux nous éclairer, rechercher dans les législations des nations voisines l'expression de la pensée commune sur la valeur juridique de la clause compromissoire envisagée sous le rapport de l'ordre public et de l'intérêt général? Ouvrons un Code de procédure qui n'offre qu'une intelligente simplification de celui qui nous régit : reportons-nous au titre XXIV de la loi sur la procédure civile du canton de Genève, nous y lisons : « Art. 335. Les personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront soumettre à des arbitres la décision de leurs différends. — Art. 336. Elles pourront, à l'égard de contestations éventuelles, s'obliger d'avance à en porter la décision à des arbitres. — Une telle stipulation, tant qu'elle n'est pas révoquée par toutes les parties, rendra l'arbitrage *forcé*. — L'arbitrage sera encore *forcé* dans tous les cas où il serait ordonné par la loi. »

Ces dispositions loin de considérer, ainsi qu'on le voit, l'emploi de la clause compromissoire comme plein de dangers, supposent au contraire qu'il peut être avantageux d'assurer le bénéfice de l'arbitrage pour le jugement du contentieux relatif à certains traités d'intérêt privé [2]. La loi peut spécifier quelques-uns de ces traités en laissant pour les autres aux parties elles-mêmes le soin d'apprécier et de déterminer par une convention ce qu'elles jugeront le plus convenable. Voilà la pensée du législateur de Genève et cette pensée n'est que l'expression de ce

[1] *Suprà*, p. 219, n° 5.

[2] Voici ce que disait M. le professeur Bellot, membre du conseil représentatif de Genève, dans une note de son exposé des motifs de la loi sur la procédure civile : « La convention par laquelle les parties se lient d'avance pour soumettre à des arbitres *des différends à naître*, nous a paru mériter l'appui de la loi, comme celles où elles compromettent sur un différend déjà né (art. 336). »

qui est implicitement consacré par notre législation. Nos lois civiles ont été importées à Genève, elles y sont restées et elles n'y ont subi que de légères modifications. La clause compromissoire a paru si peu contraire à leur esprit que nos voisins l'ont consacrée par des dispositions expresses qui ont pour objet d'en faciliter l'emploi au moyen des règles de procédure par lesquelles ils l'ont réglementé.

Reconnaissons donc que sous le point de vue du droit pur et sous l'empire des législations qui consacrent la liberté des conventions, la clause compromissoire ne peut offrir que l'exercice d'une faculté qui ne présente en elle-même rien de contraire aux intérêts généraux.

12. Ces prémisses étant établies, examinons les objections que nous rencontrons dans les motifs des arrêts de la Cour de cassation. Pour apprécier avec plus d'exactitude les doctrines qui y sont énoncées et pour raisonner sur des bases plus certaines, nous allons parcourir dans ces arrêts eux-mêmes les motifs sur lesquels la jurisprudence se fonde pour frapper la clause compromissoire d'annulation. Nous les prendrons d'abord dans l'arrêt de cassation du 2 décembre 1844, rendu sous la présidence de M. Portalis et sur les conclusions conformes de M. Delangle, parce que cet arrêt paraît être le plus explicite.

13. La Cour y considère d'abord : « Que la compétence des tribunaux et l'organisation des juridictions étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé que dans les cas expressément prévus et spécialement déterminés par la loi ; qu'en autorisant les arbitrages volontaires, le Code de procédure civile règle les conditions essentielles sans l'accomplissement desquelles on ne peut se placer dans *cette exception au droit commun* [1]... » C'est cette dernière idée qui résume la doctrine consacrée par la Cour de cassation. Elle considère l'action de la justice ordinaire comme le *droit commun* et l'arbitrage comme un *droit exceptionnel*, comme une concession de la loi civile dont l'exercice ne doit se produire que dans les conditions sous lesquelles il est organisé.

J'avoue que l'idée opposée m'a toujours parue plus vraie. En

[1] Devill. et Car., 1845, 1, 60.

me pénétrant de l'esprit de nos institutions judiciaires j'ai cru constater que l'action de la justice sociale ne devait intervenir qu'autant que les parties, capables de disposer de leurs droits, ne les avaient pas déterminés elles-mêmes par une *transaction* ou n'avaient pas convenu de les soumettre *à des arbitres*. Remarquons, en effet, avec quel soin nos lois n'autorisent le recours aux tribunaux qu'après que les parties ont été en présence d'un magistrat chargé de les concilier. La transaction est dans le vœu de la loi, parce que la loi considère les procès comme des causes de perturbation qui nuisent à la fois aux intérêts privés et aux intérêts généraux, qui amoindrissent, lorsqu'ils se multiplient, la prospérité d'un pays. Cela est si vrai que plusieurs jurisconsultes d'un profond savoir envisagent le préliminaire de la conciliation comme une mesure d'ordre public [1]. Si le magistrat conciliateur ne peut pas amener les parties à transiger, il doit les inviter à soumettre leurs différends à des arbitres. Les dispositions de l'article 60 de la constitution du 22 frimaire an VIII qui prescrivent, comme nous l'avons vu, au juge de paix de tenter d'amener un arbitrage, se rattachent à la loi organique du 27 ventôse de la même année sous l'empire de laquelle le Code de procédure a été rédigé. Elles n'ont été expressément abrogées par aucune des dispositions de ce Code [2], elles sont en harmonie avec son esprit et en rapport avec la nature de la mission qui est confiée au magistrat conciliateur. En créant les justices de paix, l'assemblée constituante avait elle-même exprimé une de ces vérités qui survivent à tous les événements politiques, lorsqu'elle avait déclaré dans la loi du 16-24 août 1790 que l'arbitrage offrait *le moyen le plus raisonnable pour terminer les contestations des citoyens* [3]. L'article 60 de la constitution du 22 frimaire n'a fait qu'appliquer

[1] *Sic* Boncenne, t. II, p. 47. — Boitard, t. I, p. 170. — Rodière, t. II, p. 57.

[2] Plusieurs dispositions de la constitution du 22 frimaire an VIII sont encore en vigueur. Il en est qu'on trouve rappelées dans l'article 615 du Code d'instruction criminelle de 1808. On applique journellement l'article 75, relatif à la garantie des fonctionnaires publics. La mission des juges de paix n'a pas changé depuis l'an VIII quant à la conciliation en elle-même, et s'ils ne peuvent pas amener une transaction, ils doivent conseiller aux parties de nommer des arbitres toutes les fois qu'ils estiment que l'arbitrage leur est avantageux.

[3] Article 1er de cette loi.

cette disposition au cas sur lequel il avait à statuer. Rien donc de plus légitime et de plus conforme au *droit commun* que la convention des parties qui se promettent de faire statuer sur le contentieux qui pourra naître de l'inexécution d'un traité, par les arbitres qu'elles nommeront. Comment la loi pourrait-elle ne pas sanctionner un engagement qui a pour objet une chose qu'il est dans son vœu de voir se réaliser?

14. Je sais qu'on a voulu invoquer les procès-verbaux du Conseil d'État pour prétendre que l'arbitrage avait paru peu favorable aux rédacteurs du Code de procédure civile. On a cité des paroles prononcées par M. MOUNIER dans la séance du Conseil d'État du 25 prairial an XIII. Il y dit, en effet, « que l'usage des compromis n'est que *la satire de l'administration judiciaire* et qu'il convient d'obliger les citoyens à ne reconnaître pour juges que les ministres de la loi [1]. » On a ajouté, en rappelant ces paroles, que le compromis ne fut admis dans nos lois que comme une convention contre laquelle il n'existait pas de cause suffisante d'interdiction, comme un *droit haineux* que le législateur n'aurait réglé que pour le restreindre [2]. Ce sont là de graves erreurs qu'il est facile de réfuter. Les observations de M. Mounier ne rencontrèrent aucun appui dans le Conseil d'État; M. TREILHARD s'empressa, au contraire, de rappeler le respect dû à la liberté des contractants, et on maintint à l'arbitrage toutes les faveurs dont il devait naturellement jouir. Plus tard, M. GALLI, orateur du gouvernement, définissait ainsi le compromis dans son *exposé des motifs* au corps législatif : C'est, disait-il, « un moyen *accéléré*, *tranquille* et *honorable* de finir beaucoup de procès où des circonstances fâcheuses pourraient nous avoir

[1] Locré, *Législat. civ., etc.*, t. XXIII, p. 392. — *V.* la réponse de M. Galli dans l'exposé des motifs, *eod.*, p. 426.

[2] M. Championnière, *Revue de législation*, année 1843, t. I, p. 244. Il explique ainsi, dans une note, le sens qu'on doit attacher à ces expressions *droit haineux* : « Le droit *haineux*, dit Bouteiller, tit. 1er, est le droit qui, par le » moyen de la coutume du pays, est contraire au droit écrit. » Quoique rendu en latin par *odiosum*, ce mot n'était pas synonyme d'odieux; il signifiait le droit ou la mesure auxquels on n'avait recours qu'exceptionnellement au droit ou à la procédure ordinaires. C'est en ce sens, par exemple, que la licitation était une voie de partage *haineuse;* le partage en nature étant la voie régulière : « *Est licitationis remedium odiosum, non nisi deficientibus aliis amplectandum*, dit Favre, lib. 3, déf. 14. »

amenés; il est aussi *moins dispendieux*[1]. » Le tribun MALLARMÉ déclarait en exprimant le vœu d'adoption du Tribunat : « qu'on ne pourrait, *sans injustice*, refuser à celui que la loi autorise à disposer librement d'un droit quelconque, la faculté de soumettre à des arbitres la question de savoir s'il doit perdre ou conserver ce droit, ou de quelle manière il doit en jouir[2]. » En présence de ces documents qui proclament la pensée de la loi, comment soutenir qu'un droit dont *on n'eût pu être privé sans injustice* n'offre qu'une concession dont l'exercice a dû être restreint dans des limites déterminées? Comment prétendre qu'une voie *accélérée*, *tranquille*, *honorable*, *peu dispendieuse* de terminer des différends ne saurait devenir l'objet d'une convention par laquelle on s'engagerait à l'employer si un procès venait à naître. Reconnaissons que le Code de procédure, loin d'envisager l'arbitrage comme une exception au droit commun, le rattache à une faculté naturelle dont la loi doit favoriser et assurer l'exercice.

15. La Cour de cassation considère ensuite : « que l'article 1003 du Code de procédure, lequel consacre la faculté de compromettre, ne peut être séparé des articles suivants, notamment de l'article 1006; qu'il résulte de ce dernier article qu'il n'y a de compromis valables qu'autant qu'il désigne le sujet en litige et les noms des arbitres.....; que la distinction entre *la promesse de compromettre* et *le compromis* ne repose sur aucun fondement légal, et qu'on ne pourrait l'admettre sans méconnaître le véritable esprit du Code de procédure civile au titre des arbitrages. »

Ici se présente l'objection qu'on considère comme la plus forte contre la validité de la clause compromissoire, celle qui est basée sur les termes de l'article 1006. Cette objection disparaît si on saisit bien la portée de cet article et si on ne se trompe pas sur la nature des prescriptions qu'il établit.

Remarquons que les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage supposent, en général, une contestation née et une convention par laquelle les parties établissent, pour la

[1] Locré, t. XXIII, p. 423.
[2] Locré, t. XXIII, p. 456.

vider, un tribunal arbitral. L'article 1006 réglemente la *constatation* de cette convention et il implique la nécessité de l'écriture pour l'établir de la même manière qu'elle est aussi exigée par l'article 2044 du Code Napoléon pour la transaction. La preuve testimoniale et la preuve par des présomptions ne seraient pas admises dans ces matières, même lorsqu'il s'agirait de valeurs qui n'excéderaient pas 150 fr., ou lorsqu'il existerait un commencement de preuve par écrit, parce que l'existence d'une convention qui termine un différend ou qui établit un mode de le juger ne doit pas pouvoir être mise en question et devenir elle-même le sujet d'un litige [1]. En partant de ces données, il faut bien reconnaître que le *compromis*, c'est-à-dire l'*acte*, l'*instrumentum* qui doit constater la convention des parties, sera nul, comme étant incomplet, s'il ne désigne pas l'objet du litige, parce qu'il est de l'essence du pacte qui confère des pouvoirs à des arbitres de déterminer en quoi ces pouvoirs consistent. Il sera également nul si, en indiquant l'objet du litige, il ne contient pas la désignation des arbitres convenus, parce qu'un arbitrage ne peut avoir lieu qu'autant que des arbitres ont été régulièrement nommés [2]. En reconnaissant aux parties *le droit* de compromettre (C. pr. civ., 1003), la loi a voulu soumettre *l'exercice* de ce droit à l'observation de *certaines formes* qu'elle a tracées dans les articles 1005 et 1006 du Code de procédure. Du moment qu'elle établissait la nécessité de la preuve écrite en cette matière, il fallait absolument que l'écrit constatât, sous peine de nullité, tous les faits qui se trouvaient être de l'essence de la convention. C'est ce qui a été établi avec une remarquable sagacité par l'article 1006. Cet article est très-logique dès qu'on reconnaît deux choses : 1° qu'il réglemente la constatation de la convention par laquelle les parties ont nommé des arbitres pour juger une contestation déjà née; 2° que l'existence de cette

[1] Tout cela est expliqué avec une remarquable lucidité par M. Boitard sur les articles 1005 et 1006 du Code de procédure, au tome III de ses Leçons, p. 416 et suiv.

[2] « S'il est exigé, disait M. Mallarmé, orateur du Tribunat, à peine de nullité, qu'il (le compromis) précise l'objet en litige et contienne les noms des arbitres, c'est que ceux-ci n'étant pas des juges, n'ayant aucun caractère public, il faut bien que le compromis leur donne un titre et aux parties une garantie contre tout excès de pouvoir. (Locré, *Législat. civ., etc.*, t. XXIII, p. 437.)

convention ne peut, en cas de contestation, être établie que par un écrit.

Mais ce même article 1006 doit-il être également appliqué à la simple *promesse de compromettre?* Est-il bien vrai, comme le prétend la Cour de cassation, que *la distinction entre cette promesse et le compromis ne repose sur aucun fondement légal?* Il m'a toujours paru évident qu'il y a une grande différence à établir entre une promesse de contracter et le contrat qui en fait l'objet. La promesse de vente, par exemple, ne doit pas être confondue avec la vente elle-même malgré les dispositions assez équivoques de l'article 1589 du Code Napoléon[1]. Le négociant qui m'ouvre un crédit et qui promet de me livrer des fonds me confère le droit d'exiger de lui des valeurs et ne devient pas mon créancier à titre de prêt par l'effet de la seule promesse de me prêter. L'engagement que contractent plusieurs personnes de constituer entre elles une société, ne saurait être confondu avec le fait promis, qui consiste dans la constitution de la société. Si l'une des parties se refuse à l'accomplissement de ce fait, la société n'aura jamais été constituée et celui qui aura ainsi manqué à sa promesse se verra condamner à des dommages-intérêts. Eh bien la différence que nous rencontrons entre la promesse de compromettre et le compromis tient aux mêmes principes : elle est dans la nature des choses et elle n'offre rien que de conforme aux règles générales du droit.

Maintenant, remarquons qu'un contrat peut être soumis à certaines formes pour sa constatation, sans que ces formes soient exigées pour la simple promesse de le former. Ainsi, nous faisons une transaction que nous constatons par un acte sous seing privé dans lequel je promets de vous consentir une hypothèque sur mes immeubles pour vous garantir l'exécution des engagements que j'ai contractés; cette promesse d'une hypothèque conventionnelle sera valable, quoiqu'elle ne soit pas constatée dans un acte authentique. Vous pourrez en réclamer devant les tribunaux l'exécution, et si je ne me rends pas devant un notaire pour vous hypothéquer mes biens, vous obtiendrez un jugement

[1] *V.* sur ce point le savant commentaire de M. Troplong sur l'article 1589 du Code Napoléon, *De la vente*, nos 114 et suiv.

qui vous les déclarera hypothéqués et qui vous autorisera à les frapper d'une inscription. Ainsi, encore, la promesse de constituer une société commerciale en nom collectif sera valable sans l'observation des formalités prescrites, sous peine de nullité, par les articles 39, 40, 42 et 43 du Code de commerce; mais ces formalités devront être accomplies aussitôt que la société aura été constituée par ceux qui s'étaient réciproquement engagés à s'associer [1]. Les mêmes principes sont applicables à la promesse de compromettre. On ne peut pas la soumettre aux règles prescrites par l'article 1006 du Code de procédure, qui ne se rattachent plus à son essence et qui se réfèrent à la constatation d'une nomination d'arbitres qui n'est pas encore intervenue; mais lorsque l'événement prévu se sera réalisé, lorsque le contrat aura donné naissance à une contestation, le compromis qui interviendra en vertu de la promesse devra, sous peine de nullité, contenir les énonciations qui sont prescrites par l'article 1006. Toutes ces déductions sont, comme on le voit, fondées sur des principes élémentaires. S'il est de l'essence du compromis de désigner l'objet du litige et les arbitres, il n'est pas de l'essence de la promesse de compromettre de contenir toutes ces désignations.

16. Mais, dit encore la Cour de cassation, *la distinction entre la promesse de compromettre et le compromis méconnaît le véritable esprit du Code de procédure civile au titre des arbitrages.* Cette pensée est encore exprimée par elle d'une manière plus explicite dans les motifs d'un autre arrêt en date du 10 juillet 1843, où il est dit « que l'obligation de nommer des arbitres, lors du compromis, a pour but d'éviter les incidents et les procès sur la composition du tribunal arbitral, et principalement de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion, qui les porterait à souscrire avec trop de légèreté et d'imprévoyance à des arbitrages futurs, sans être certains d'avoir pour juges volontaires des personnes capables de les juger [2]. »

J'ai déjà répondu à la première partie de ces motifs lorsque j'ai mis au jour le véritable esprit du Code de procédure, et je crois avoir constaté que ce Code ne repousse aucunement ce qui

[1] *V.* notre *Traité de droit commercial*, t. I, n° 271.
[2] Devill. et Car., 43, 1, 568.

peut assurer aux parties le bénéfice de la juridiction arbitrale. La distinction entre la promesse de compromettre et le compromis ne porte aucune atteinte à l'application de ses dispositions, et est, par conséquent, compatible avec elles. Nous venons de voir que les contractants qui se sont liés par la clause compromissoire, auront à se conformer à l'article 1006 lorsqu'ils nommeront les arbitres en vertu de la promesse qu'ils se sont faite. Tout se concilie dans notre système, et les dispositions du Code de procédure font l'office qui leur est départi en venant réglementer l'*exécution* de la promesse de compromettre.

Quant aux dangers que pourrait présenter l'irréflexion avec laquelle les parties souscriraient des promesses à futur de compromettre, il ne faut pas les exagérer, et il ne serait pas toujours judicieux de proscrire, en matière de conventions, tout ce dont on pourrait abuser. Laissons aux contractants le soin de défendre leurs intérêts, et ne soyons pas plus sages que nos lois, qui n'interviennent que pour prohiber ce qui est en soi-même mauvais, et pour annuler ce qui est le résultat de la fraude et du dol (C. Nap., 1109). La clause compromissoire ne présente pas plus de dangers que beaucoup d'autres conventions sur les choses futures dont les résultats peuvent être incertains, que le législateur n'a cependant pas proscrites, et qu'il a même autorisées par des dispositions expresses. « Quand on s'en rapporte à un expert pour fixer le prix d'une chose vendue, dit avec raison M. Dalloz dans son *Répertoire*[1], à des arbitres du soin de choisir le tiers arbitre qui doit prononcer en dernier ressort sur une contestation, ne se soumet-on pas aux chances, aux dangers de l'inconnu? » Induire la nullité d'une promesse des dispositions de procédure qui réglementent la constatation du contrat qui en fait l'objet, c'est aller au delà de la portée de la loi et c'est méconnaître les principes qui doivent guider dans son application, lors surtout que cette promesse n'a d'autres dangers que ceux qui lui sont communs avec des conventions de la même nature qui n'ont pas été proscrites. Remarquons d'ailleurs, comme le fait encore observer M. Dalloz, que la surveillance de la magistrature

[1] Vie *Arbitrage*, *Arbitre*, p. 507, n° 454.

plane au-dessus de la juridiction des arbitres. Ce sont les magistrats qui les nommeront si les parties ne peuvent pas s'entendre sur le choix à faire. La sentence arbitrale pourra leur être déférée s'il n'y a pas de renonciation à l'appel (C. proc., 1023), et ils seront, dans tous les cas, appelés à l'annuler si les arbitres ont excédé leurs pouvoirs (C. proc., 1028).

Quant à la crainte de voir la clause compromissoire devenir de style dans presque tous les contrats, elle n'a rien de sérieux dans un pays où la justice est administrée par des magistrats instruits et intègres que leurs concitoyens honorent et respectent. Si cette clause venait d'ailleurs à se produire d'une manière très-fréquente, ce serait l'indice le plus certain de la nécessité de réformer, pour les améliorer, nos institutions judiciaires ou notre procédure.

On a aussi constaté que certaines compagnies d'assurances avaient inséré dans leurs polices des clauses dangereuses et déloyales qui tendaient à établir des déchéances contraires à l'équité, et à centraliser à Paris, loin des particuliers intéressés, le jugement par des arbitres [1]. Les tribunaux ont proscrit avec raison ces clauses abusives [2], mais ils pouvaient le faire sans établir d'une manière générale la non-validité de la promesse de compromettre. Au reste, on ne conçoit guère comment des faits semblables ont pu se produire en présence des dispositions qui prescrivent de soumettre au Conseil d'État les statuts organiques des sociétés anonymes. Assurément ce corps, gardien en cette matière des intérêts généraux, ne manquera pas, à l'avenir, d'exiger la suppression, dans les statuts qui lui seront soumis, de tout ce qui serait contraire à l'équité et de nature à compromettre les intérêts du public, ou de prescrire l'insertion de dispositions propres à prévenir toute surprise.

[1] C'est ce qui avait lieu dans certaines des espèces soumises à la Cour de cassation, et cette circonstance rendait peu favorables les clauses compromissoires qui lui étaient déférées.

[2] C'est ainsi que la Cour de Paris a annulé, par deux arrêts en date des 29 août 1844 et 19 décembre 1849, des clauses qui délialent les assureurs de leurs engagements en cas de non-payement de la prime, tout en leur conservant leurs droits contre les assurés Elle a également décidé, par le second de ces arrêts, que les clauses imprimées qui ont pu facilement échapper à l'attention des assurés et qui leur sont défavorables, peuvent ne pas être, pour eux, obligatoires. (Devill. et Car., 1844, 2, 452; 1850, 2, 42.)

17. La Cour de cassation considère encore « qu'on ne peut exciper de l'article 51 du Code de commerce relatif aux arbitrages forcés, ni de l'article 332 dudit Code relatif aux assurances maritimes, lesquelles, d'après l'article 633 même Code, constituent des actes de commerce, parce que ce sont *des exceptions au droit commun*, et qui ne peuvent être étendues à d'autres cas, notamment aux arbitrages volontaires en matière d'*assurances terrestres*, lesquelles *ne constituent pas des* ACTES DE COMMERCE. »

Que l'article 51 du Code de commerce établisse, en imposant un arbitrage forcé, une exception au droit commun qui veut que les arbitrages soient volontaires, voilà ce qui est vrai; j'accorderai même, si on le veut, que cette idée n'a pas été heureuse. Mais qu'on considère la faculté de se soumettre à l'arbitrage comme une exception au droit commun, c'est ce que je ne reconnais pas, et je crois avoir suffisamment établi que la liberté, en matière de conventions, constitue le droit commun, pour n'avoir pas besoin de revenir sur ce point. Ce qu'on peut induire de l'article 51, c'est que l'arbitrage a été trouvé si bien approprié à la nature de certains contrats, que le législateur a cru devoir l'ériger lui-même en juridiction pour le contentieux entre associés en matière de commerce. Deux choses résultent seulement de l'article 51 : faveur reconnue à l'arbitrage; application de ce mode de juger aux contestations qui peuvent naître de l'un des contrats les plus importants du droit commercial [1].

[1] L'origine de l'arbitrage forcé remonte aux anciennes traditions du commerce. On trouve dans *le Parfait négociant* de Savary le passage suivant, qui mérite d'être remarqué : « L'on met ordinairement dans un acte de société un article, qu'en cas qu'il survint quelque différend entre les associés pendant et après la dissolution de la compagnie, ils s'en rapporteront à deux marchands du corps où ils ont été reçus maîtres, à peine d'une somme de deniers qui sera payée par le contrevenant; savoir, la moitié à l'acquiesçant, et l'autre moitié à l'hôpital général ou à l'Hôtel-Dieu; mais parce quelquefois l'on omet cette clause, quand il arrive des différends, si l'un des associés est chicaneur, il ne veut jamais se soumettre à l'arbitrage et à l'avis des amis communs : c'est pourquoi il y a un article dans l'ordonnance qui porte que dans les actes de société il y aura une clause de se soumettre à des arbitres en cas qu'il survienne quelques contestations, qui est le neuvième du titre IV, conçu en ces termes : *Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés; et encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire, sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus.* — Cette disposition est fort judicieuse,

Quant à l'article 332 du même Code, il se réfère aux usages du commerce, et il n'offre que la reproduction des dispositions de l'ancienne ordonnance de 1681. On lit d'abord, dans cet article, que le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit, et on y trouve ensuite l'énumération détaillée de tout ce que la police qui le constate, doit ou peut contenir. Il y est dit qu'elle contiendra « la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. » — La Cour de cassation veut-elle induire, de cette énonciation, que la clause compromissoire n'est pas en général autorisée, et qu'une disposition expresse a été jugée nécessaire pour que cette clause pût valablement se produire dans les polices d'assurances? Ce serait errer gravement. Il suffit de jeter un coup d'œil sur l'article 332 pour voir que le législateur ne se borne pas à y consacrer ce qui est spécial à l'assurance; il y rappelle aussi ce qui lui est commun avec les autres contrats. Ce qu'il se propose dans cet article, c'est de faire savoir aux contractants qu'ils doivent rédiger par écrit toutes les conventions qu'ils font, et au nombre desquelles se trouve celle qui a pour objet d'établir le jugement par des arbitres. L'usage avait introduit la clause compromissoire entre les assureurs et les assurés : VALIN rapporte qu'on ne voyait guère

parce qu'il est mieux de se rapporter à des marchands des différends que l'on a, qui terminent les affaires en peu de temps sans frais, et qui entendent les matières de commerce, que de s'engager par-devant des juges à des procès où l'on perd tout son temps. » (T. I, p. 354 de l'édit. de l'an VIII.)

L'esprit de l'ordonnance de 1673, à la rédaction de laquelle Savary avait concouru, est clairement révélé dans ce passage. L'expérience avait démontré l'utilité de l'arbitrage, et on voulut en assurer le bénéfice aux parties pour le cas où elles auraient négligé d'insérer la clause compromissoire dans les actes de société. On induisit, dans la suite, des termes impératifs de l'ordonnance, que l'incompétence des tribunaux consulaires était absolue en matière de contestations entre associés, et n'était pas couverte par le silence des parties. Peut-être excéda-t-on alors les bornes de ce qui était juste et véritablement utile. Ce sont ces principes que notre Code de commerce paraît avoir consacrés, et on a plusieurs fois décidé, depuis sa promulgation, que les tribunaux de commerce sont sans attributions pour statuer sur les affaires sociales entre associés, qu'ils doivent se dénantir d'office, et que leur incompétence peut être proposée en tout état de cause. Je crois qu'il eût mieux valu rattacher l'arbitrage à la volonté des parties, n'établir qu'une présomption de soumission à la juridiction arbitrale, et autoriser un retour aux tribunaux de commerce au moyen d'une manifestation expresse de volonté. Quoi qu'il en soit, l'état de notre législation témoigne hautement de la faveur dont l'arbitrage jouissait auprès des rédacteurs de nos Codes, puisqu'ils l'ont érigé en une véritable juridiction pour tout un ordre très-important d'affaires commerciales.

de polices d'assurances sans la clause portant soumission à l'arbitrage[1]. Les auteurs de l'ordonnance, qui étaient si bien fixés sur ce qui se pratiquait dans le commerce, voulurent avertir que l'usage n'aurait pas, en cette matière, force de loi, et qu'une disposition expresse, dans la police, serait nécessaire pour que l'arbitrage dût avoir lieu. Aussi Valin combat l'opinion de Melville, qui avait prétendu que la police d'assurances était nulle si elle ne contenait pas la soumission à l'arbitrage. « Ce qui arriverait seulement, dit-il, la clause étant omise, c'est que l'une des parties ne pourrait requérir l'arbitrage malgré l'autre, en quoi le contrat d'assurance a moins de privilége que celui de société[2]. » Les rédacteurs du Code de commerce de 1807 ont consacré cet état de choses et ont maintenu, comme l'avait fait l'ordonnance de 1681, la nécessité d'une clause compromissoire expresse et écrite, pour que l'arbitrage fût acquis aux parties. L'article 332 n'est donc, sur ce point, que *déclaratif* du droit des contractants, et n'a pour objet que d'avertir qu'une disposition écrite est nécessaire pour que l'arbitrage soit obligatoire. Tout ce qu'on doit en induire, c'est que le législateur s'est écarté, en matière d'assurances, du principe établi en matière de société. Tandis que l'arbitrage est toujours forcé lorsqu'il s'agit des contestations entre associés, l'arbitrage n'est plus que volontaire entre les assureurs et les assurés. Vouloir induire d'une énonciation que le législateur a naturellement été amené à placer dans l'article 332, que la clause compromissoire ne peut pas figurer dans les contrats autres que l'assurance, c'est donner à cet article une portée exorbitante, c'est évidemment appliquer à faux cette règle, d'ailleurs si peu sûre : *Qui de uno dicit de altero negat.*

18. Il est encore une chose qu'on est étonné de rencontrer dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation que nous examinons. Il y est dit en termes très-exprès pour écarter l'appli-

[1] Sur l'article 70 de l'ordonnance de 1681, au tome II, p. 154 de son *Commentaire*. Émérigon rapporte qu'on trouvait la soumission à l'arbitrage dans la formule de Gênes, dans celle de Bordeaux, dans celle de Nantes, mais qu'elle n'existait pas dans celle de Marseille, d'où il induit que cette dernière police laissait les choses dans la disposition du droit commun. (*Traité des assurances*, chap. 20, sect. 1, t. II, p. 344 de l'édition Boulay-Paty.)

[2] *Ubi suprà.* — « Cette soumission à l'arbitrage n'est pas de nécessité, dit Émérigon; elle est volontaire. » (*Des assurances*, ch. 20, sect. 1, t. I, p. 344.)

cation à l'espèce de l'article 332, que *les assurances terrestres ne constituent pas des actes de commerce*. Cette proposition ainsi énoncée d'une manière absolue offre une erreur manifeste. L'assurance terrestre faite dans un but de spéculation offre de la part des assureurs un acte de commerce et est régie par la législation commerciale. Nous croyons avoir établi dans notre *Traité de droit commercial* que les compagnies d'assurances *à prime* contre l'incendie, la grêle et les autres sinistres qui peuvent frapper les immeubles, sont de véritables sociétés commerciales [1]. La Cour de cassation elle-même nous a, au reste, fourni à l'appui de cette opinion l'autorité de sa jurisprudence. Elle a décidé par un arrêt en date du 8 avril 1828 qu'une société d'assurances à prime contre l'incendie qui cessait ses payements devait être déclarée en faillite, parce qu'elle avait pour objet des opérations commerciales [2]. Ce qui est vrai, c'est que, par rapport à l'assuré, l'assurance terrestre peut ne pas offrir un acte de commerce [3]. Mais cette circonstance n'empêche pas que le contrat ne soit régi, quant au fond et aux clauses qu'il peut contenir, par le droit commercial. En l'absence de toutes dispositions spéciales sur les assurances relatives aux immeubles, on applique par analogie à ces opérations les règles du titre X du livre II du Code de commerce pour toutes les dispositions qui ne se rattachent pas essentiellement au commerce maritime. C'est ce que reconnaissent assez généralement les auteurs [4], et il n'est même pas téméraire de dire que telle a été la pensée des rédacteurs de nos Codes. Ce serait errer que de croire que l'assurance terrestre était inconnue lorsqu'ils s'occupèrent des matières qu'ils de-

[1] T. I, p. 225, n° 245.

[2] Sirey, 29, 1, 28.

[3] Nous avons fait cette observation dans notre *Traité de droit commercial*, *ubi suprà*, p. 226. Il arrive fréquemment qu'un même contrat offre un acte de commerce de la part d'une partie et un acte non commercial de la part de l'autre. *V.* sur ce point notre susdit Traité, t. I, p. 33, n° 29.

[4] « En l'absence de toute législation spéciale, dit M. Alauzet, chaque fois que la nature des choses n'offre pas un obstacle invincible à l'application des articles du Code de commerce, il doit être regardé comme formant la règle à suivre. » (*Des assurances*, t. II, p. 297, n° 400.) — « Les assurances terrestres sont de la même nature que les assurances maritimes, disent MM. Goujet et Merger dans leur *Dictionnaire de droit commercial*. Les règles posées au Code de commerce pour les assurances maritimes leur sont en général applicables. » (V^is *Assurances terrestres*, n° 1.)

vaient élaborer. S'ils n'en parlèrent pas, c'est parce qu'elle était peu pratiquée et sans doute parce qu'ils pensèrent que les lois maritimes pouvaient au besoin fournir, comme par le passé, les principes fondamentaux à l'aide desquels il serait facile de vider les contestations que ces opérations pourraient faire naître. Nous voyons, en effet, que POTHIER, dont les écrits ont si largement fourni des matériaux pour la confection de nos Codes, parle, dans son *Traité du contrat d'assurance*, de certaines compagnies établies de son temps à Paris qui faisaient à la fois les assurances maritimes et les assurances des maisons contre les dangers du feu [1]. Dans les diverses espèces sur lesquelles sont intervenues les premières décisions relatives à la clause compromissoire, il s'agissait de difficultés qui s'élevaient, au sujet de l'exécution des polices, entre certaines compagnies d'assurances à prime contre l'incendie et les assurés. Il était difficile d'écarter l'application de l'article 332 du Code de commerce, et pour y arriver, la Cour de cassation a été obligée de poser un principe contraire à ce qui est généralement admis et à ce qu'elle avait elle-même antérieurement établi. Elle a déclaré que *les assurances terrestres ne sont pas des actes de commerce*. Sans doute l'article 632 du Code de commerce n'en parle pas et l'article 633 ne présente qu'une disposition relative aux assurances maritimes, mais les lois commerciales ne peuvent s'occuper que des contrats les plus fréquents et les plus importants; tous les jours l'industrie introduit des spéculations nouvelles qui progressent et auxquelles il faut appliquer les règles relatives à des opérations analogues. L'analogie est une boussole sans laquelle le jurisconsulte se trouverait souvent en danger d'errer à travers l'arbitraire, dans les matières commerciales, et l'application de la maxime : *ubi eadem ratio ibi idem jus* lui offre une ancre sur laquelle il ne doit pas craindre de s'appuyer. Nous pouvons donc hardiment dire que la clause

[1] *Du contrat d'assurance*, n° 2. — *V.* Alauzet, *Traité général des assurances*, t. I, p. 101, n° 63. — Ce qui prouve encore que les assurances terrestres à prime entraient, vers cette époque, dans les prévisions du gouvernement, c'est la disposition d'un décret du 18 septembre 1811 qui organise à Paris un corps de sapeurs-pompiers, par laquelle il est dit que les frais qu'occasionnera ce corps seront supportés par la ville, *jusqu'à ce qu'il y ait une compagnie d'assurances.*

compromissoire qui peut être insérée dans une police d'assurance maritime en vertu de l'article 332 du Code de commerce, doit, par identité de motifs, pouvoir aussi être insérée dans une police d'assurance terrestre. Conclure d'un cas à un autre cas identique, c'est procéder comme l'exigent fréquemment les caractères spéciaux du droit commercial. Cela d'ailleurs ne peut faire l'objet d'aucun doute lorsqu'il s'agit d'une disposition de droit commun que le législateur a expressément rappelée à l'occasion d'un contrat dont il s'est occupé avec beaucoup de détail.

19. Nous avons encore à présenter quelques observations sur certains des motifs d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 30 juillet 1850, qui a cassé une décision de la chambre des avoués du Tribunal de la Seine infligeant une peine disciplinaire à un des membres de ce corps pour avoir refusé d'exécuter une clause compromissoire. Assurément cette décision de la chambre des avoués était sous plusieurs rapports annulable, et nous nous empressons de reconnaître que tout ce qui touche aux offices est, en général, d'ordre public et ne peut, aux termes de l'article 1004 du Code de procédure, devenir l'objet d'un compromis ou d'une promesse de compromettre. Mais en approuvant la décision de la Cour de cassation en elle-même, il nous paraît que les motifs sur lesquels elle l'a basée sont empreints d'une exagération qui méconnaît encore les caractères de la clause compromissoire et qui tend à la frapper d'une nouvelle réprobation qui n'a jamais été dans la pensée du législateur. « Attendu, y est-il dit, que lorsqu'une clause compromissoire encourt la nullité prononcée par l'article 1006 du Code de procédure civile, *son indue insertion dans un traité* dont un candidat aux fonctions d'avoué a accepté les conditions *ne crée pas plus un* LIEN MORAL *qu'une obligation légale;* qu'on *n'enfreint aucun devoir lorsqu'on demande la nullité d'une telle clause*, alors surtout qu'il s'agit de savoir s'il sera dérogé à l'ordre ordinaire des juridictions pour statuer sur un débat relatif à une fixation de prix d'office, c'est-à-dire à une matière d'ordre public [1]. »

[1] Devill. et Car., 50, 1, 585. — Notre savant et honorable collaborateur M. Mar-

J'admets qu'un particulier n'enfreigne aucun devoir lorsqu'il refuse l'accomplissement d'un fait qu'il a promis si ce fait est défendu par les lois de son pays et surtout s'il est mauvais en lui-même. Ainsi je reconnais que dans l'espèce l'infraction à la promesse de soumettre à des arbitres des questions qui intéressaient l'ordre public, et dont la loi réservait la connaissance aux tribunaux ordinaires, pouvait ne mériter aucun blâme. Une pareille promesse était en effet essentiellement illicite, puisqu'elle avait pour objet la désobéissance à un précepte dicté par l'intérêt général, et puisque l'exécution ne pouvait en être réclamée qu'en méconnaissant la loi. Mais la Cour de cassation n'a-t-elle pas trop généralisé l'application du principe qu'elle a posé, lorsqu'elle s'est placée dans l'hypothèse de l'article 1006 du Code de procédure et lorsqu'elle a paru appliquer ce principe à toutes les clauses compromissoires? J'avoue que je ne puis pas admettre que celui qui a promis de faire statuer par des arbitres sur les contestations qui pourront s'élever à raison des droits dont il a la libre disposition et sur des questions dans lesquelles l'ordre public n'est nullement intéressé ne fait pas une action indélicate en manquant à sa parole et en refusant d'accomplir sa promesse. Eh quoi! quand la loi autorise expressément le compromis, celui qui se trouve avoir promis un fait que la loi approuve, pourra, sans que *sa délicatesse* en soit aucunement blessée, refuser l'accomplissement de ce fait! Je ne puis croire que telle ait été la pensée de la Cour de cassation. Rien n'est plus licite que de soumettre à des arbitres le jugement d'une question relative à des droits dont on a la libre disposition, car il n'y a pas obligation pour tous les citoyens de faire juger tous leurs différends par la justice ordinaire. Cette obligation n'existe que pour les affaires qui font l'objet de l'article 1004 du Code de procédure. Un homme d'honneur qui est convenu verbalement de soumettre un différend à des arbitres tiendra sa promesse, quoique son engagement ne soit pas constaté par un écrit, ainsi que l'exige l'article 1006, qui ne se réfère qu'à la preuve de la convention et non à la convention en elle-même : il en sera de

CARÉ a présenté sur cet arrêt des observations qu'on trouvera au tome I de cette *Revue*, p. 65 et suiv.

même s'il a simplement promis de compromettre sur des contestations éventuelles. Mais s'il s'est témérairement engagé par rapport à des droits dont il n'avait pas la libre disposition, une impossibilité juridique mettra obstacle à l'exécution du fait qu'il avait promis et il ne dépendra pas de lui de faire ce qui est contraire à la loi [1].

20. Nous arrivons, comme on le voit, à cette conclusion que la doctrine qui frappe de réprobation la clause compromissoire méconnaît l'esprit de nos lois, fait une fausse application de l'article 1006 du Code de procédure civile et interprète mal les articles 51 et 332 du Code de commerce, en induisant de leurs dispositions des conséquences qui manquent de vérité. Cette doctrine porte une grave atteinte à la liberté dont les particuliers doivent jouir par rapport aux droits dont ils ont la libre disposition, et que les auteurs de nos Codes ont voulu leur garantir. Elle tend à introduire de la gêne dans certaines opérations commerciales par rapport auxquelles le jugement par des arbitres peut être d'une immense utilité. On a à certaines époques exagéré la valeur de l'arbitrage; on méconnaît trop aujourd'hui le bien qu'il peut opérer. Ce bien est d'autant plus réel qu'il est peu apparent et parce que l'arbitrage n'a pas produit quelquefois tout ce qu'on en attendait, parce qu'il a donné lieu à des contestations qui ont fait ressortir ses imperfections, on n'a pas assez tenu compte du bien qu'il opère dans l'ombre, et on a négligé d'introduire dans la législation qui le réglemente les améliorations nombreuses qu'elle pourrait recevoir.

21. Après avoir exprimé nos convictions sur la validité de la clause compromissoire, il nous reste à en déterminer les effets. Constatons d'abord que les obligations des contractants reposent sur la promesse qu'ils se sont respectivement faite de constituer un tribunal arbitral, en nommant des arbitres pour le jugement des contestations qui pourront s'élever entre eux. S'ils exécutent cette promesse, si les arbitres sont nommés, tout est accompli,

[1] *V.* Barbayrac sur Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, t. I, p. 449, liv. III, ch. 7, § 6, note 2. — On peut voir aussi les notes du même publiciste sur le petit traité *Des devoirs de l'homme et du citoyen* de Puffendorf, liv. I, ch. 9, § 18, note 1, t. I, p. 186 de l'édit. d'Amsterdam.

et la Cour de cassation elle-même reconnaît que la clause compromissoire ne peut plus être annulée sur la demande de celui qui a concouru à cette nomination [1].

Mais si l'une des parties refuse d'exécuter sa promesse, que pourra faire et demander celle qui en réclame l'exécution? J'ai entendu soutenir que, dans ce cas, la partie qui se refuse à la nomination des arbitres ne doit être condamnée qu'à des dommages-intérêts, par application de l'article 1142 du Code Napoléon et de la maxime : *Nemo præcise cogi potest ad factum.* Il me paraît qu'on doit admettre que le fait de la partie pourra être suppléé par le juge. En principe, l'obligation dont l'exécution consiste dans l'accomplissement d'un fait, ne se résout en dommages-intérêts qu'autant qu'elle ne peut être accomplie que par la partie elle-même, et que l'emploi de moyens coercitifs exercés contre la personne serait nécessaire pour en obtenir l'accomplissement (C. Nap., 1143, 1144). Dans l'espèce, lorsque l'arbitrage, d'abord facultatif, est devenu obligatoire par l'effet de la promesse que les parties se sont faite, pourquoi n'appliquerait-on pas la règle tracée par les articles 53, 54 et 55 du Code de commerce en matière d'arbitrage forcé? L'analogie est parfaite; et le fait de la partie qui se refuse à la nomination des arbitres est d'une nature qui permet d'en obtenir, dans l'un comme dans l'autre cas, l'accomplissement par la justice. Sous l'empire de l'ordonnance de 1681, l'arbitrage était réputé volontaire en matière d'assurances maritimes, et cependant le juge faisait la nomination des arbitres pour la partie qui ne la faisait pas elle-même [2]. Ces dispositions de l'ordonnance sont rationnelles et doivent encore être suivies, quoique les rédacteurs du Code de commerce ne les aient pas reproduites, parce qu'ils ont sans doute pensé qu'il était inutile d'exprimer ce qui était suffisamment indiqué par les principes généraux. Ainsi, s'il s'agit d'un acte qui soit commercial par rapport à celui qui refuse de nom-

[1] Arrêts des 28 janvier et 18 mars 1846 (Devill. et Car., 1846, 1, 635 et 786).

[2] L'article 70 du tit. 6 du liv. III de l'ordonnance de 1681 est ainsi conçu : «Lorsque la police contiendra soumission à l'arbitrage, et que l'une des parties demandera d'être renvoyée devant des arbitres, avant aucune contestation en cause, l'autre partie sera tenue d'en convenir, sinon le juge en nommera pour le refusant.»

mer des arbitres, l'autre partie citera le refusant devant le tribunal de commerce, qui fera la nomination. Dans le cas inverse, si l'acte n'est pas commercial par rapport à celui qui refuse, ou s'il est régi par le droit civil commun à l'égard de tous, on citera devant le tribunal civil.

J'accorderais cependant qu'il n'en serait pas ainsi si la clause compromissoire, au lieu d'être conçue en termes généraux, constatait que les parties auraient entendu ne se soumettre qu'aux arbitres qu'elles auraient *personnellement nommés*, par exemple si elles étaient convenu « que les contestations seraient jugées par trois arbitres dont un serait nommé et choisi par chacun des contractants personnellement et non par d'autres. » L'office du juge ne pourrait ici intervenir que pour une condamnation à des dommages-intérêts, parce que le fait, objet de la convention, ne serait susceptible d'être accompli que par les contractants eux-mêmes. Si les parties avaient sanctionné l'exécution de leurs engagements au moyen d'une peine établie contre celui qui mettrait obstacle à l'arbitrage, comme cela avait souvent lieu autrefois, le juge ne pourrait pas se dispenser de condamner au payement de la somme fixée dès qu'il y aurait eu mise en demeure. (C. Nap., 1230, 1231.)

Conclusions.

22. En résumant cette dissertation, nous arrivons, pour la pratique, aux conclusions suivantes :

1. Les parties qui désirent s'assurer l'arbitrage pour le jugement des contestations auxquelles l'exécution d'un traité pourra donner lieu, ont le droit de se lier par une clause compromissoire.

2. En présence de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, elles agiront prudemment en nommant, si elles le peuvent, les arbitres dans l'acte même. Elles pourront aussi déclarer qu'en cas de décès, refus, déport ou autre événement qui empêcherait les arbitres de juger, il serait pourvu aux remplacements devenus nécessaires par l'arbitre ou les arbitres restant, conformément à l'article 1012 du Code de procédure ; que si aucun d'eux n'accomplissait le mandat qui leur serait déféré, ou

s'ils venaient à ne pas s'accorder pour les nominations à faire, le tribunal civil ou le tribunal de commerce, selon que la matière se trouverait être purement civile ou commerciale, pourvoirait aux remplacements, afin que l'arbitrage pût toujours avoir lieu.

3. Si les parties ne nommaient pas dans l'acte même les arbitres, elles feraient toujours bien de fixer le nombre de ceux qui devraient composer le tribunal arbitral, et de convenir qu'ils seraient nommés soit par le juge de paix, soit par le tribunal civil ou par le tribunal de commerce, selon la nature et l'importance des questions litigieuses qui pourraient s'élever.

4. Les assurances terrestres sont régies par les règles tracées dans le Code de commerce pour tout ce qui n'est pas spécial aux assurances maritimes et pour tout ce qui s'adapte à la nature du contrat. Les dispositions de l'article 332 relatives à la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestations, leur sont applicables. Les clauses compromissoires loyalement établies dans les polices qui constatent des assurances terrestres, obligent les contractants et doivent recevoir leur exécution.

5. Il serait heureux que la Cour de cassation, par un retour aux doctrines qui résultent de l'esprit et de la lettre de nos Codes, réformât elle-même sa jurisprudence, comme elle l'a fait dans d'autres matières. Les principes qu'elle a dans ces derniers temps consacrés, méritent une attention sérieuse et devraient amener, dans l'intérêt du commerce, l'intervention du législateur, si la jurisprudence qui établit, d'une manière si absolue, la nullité de la clause compromissoire, venait à être maintenue.

VICTOR MOLINIER.

PARTAGE FRAUDULEUX. — CRÉANCIERS NON OPPOSANTS.

Par M. C. LEGENTIL,
Avocat et juge suppléant au Tribunal d'Arras.

I.

La Cour de Grenoble, dans un arrêt du 1er juin 1850 (Dev., 51, 2, 608), confirme son ancienne jurisprudence, en résolvant affirmativement la question de savoir si les créanciers non opposants et non intervenants peuvent attaquer, pour fraude à leurs droits, un partage consommé, et paraît devoir ainsi raviver la controverse qui dès longtemps déjà divise les Cours et tribunaux sur l'interprétation combinée des articles 882 et 1167 du Code civil.

Cette controverse a enfanté trois systèmes, deux absolus, exclusifs l'un de l'autre, puis un troisième faisant de l'éclectisme, puisant dans les deux premiers, essayant de les concilier par une solution mixte.

Certaines Cours décidaient que par cela seul qu'il y avait fraude, la fraude émanât-elle du seul cohéritier débiteur, le partage était attaquable de la part des créanciers.

D'autres voulaient que le partage, une fois consommé, fût complétement inattaquable, encore bien qu'infecté de dol, de quelque part et si universellement qu'il se fût manifesté.

D'autres enfin rejetaient l'action des créanciers au cas de fraude du débiteur seul, en l'admettant au cas de collusion des autres parties copartageantes.

Sérieux en jurisprudence, et vivace encore aujourd'hui, ce débat n'a que médiocrement ému la doctrine; depuis Toullier, l'un de ses premiers organes, jusqu'à M. Marcadé, son expression la plus nouvelle, nos meilleurs auteurs ont été unanimes pour rejeter le premier et le dernier de ces trois systèmes, et proclamer, dans toutes les hypothèses, la déchéance du droit des créanciers. Nous nous rallions complétement à la doctrine, et allons jusqu'à déclarer que ce n'est point sans un certain éton-

nement que nous voyons l'opinion unanime des jurisconsultes manquer de la consécration unanime de la jurisprudence. Telle est notre proposition : essayons de la démontrer.

II.

De tous temps, les biens du débiteur ont été considérés comme le gage commun des créanciers. La règle *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno*, aussi ancienne que le droit, a été adoptée par tous les législateurs; il ne pouvait y avoir désaccord sur un pareil principe.

Le principe posé, on devait s'accorder encore sur la conséquence, c'est-à-dire sur la sanction qu'il devait comporter. Aussi tous les législateurs s'entendirent-ils sur ce nouveau point que, sous peine de le rendre complétement inefficace, il fallait veiller non-seulement à ce qu'on ne le pût ouvertement enfreindre, mais surtout à ce que le dol des débiteurs fût impuissant à le paralyser d'une manière indirecte, en arrivant, par une voie détournée, à l'annihilation de l'action utile des créanciers.

Ce sur quoi on s'entendit moins, et ce sur quoi il était permis de moins s'entendre, puisque la question pouvant être envisagée sous différents aspects, il pouvait y avoir divergence dans les solutions, était ce dernier point : Quels sont les moyens à prendre pour arriver à la sanction, pour mettre à l'abri les droits des créanciers, sans trop nuire, sinon à ceux des débiteurs, du moins aux droits corrélatifs de tiers coïntéressés? Et cette question, qui s'agita sur bien des chefs, s'agita notamment au cas de partage.

A Rome, où ils n'étaient pas légalement censés connaître les partages auxquels pouvaient prétendre droit leurs débiteurs, et où ils n'avaient, du reste, aucun moyen soit de s'opposer au partage, soit d'y intervenir, les créanciers étaient habiles, au moyen de l'action (prétorienne fictive) *paulienne* ou *révocatoire*, à faire résoudre un partage consommé, comme fait en fraude de leurs droits. Inutile de parler ici de la double nature de l'action paulienne et des différents caractères que, suivant les cas, elle pouvait revêtir. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'à Rome *les créan-*

ciers, impuissants à prévenir un mal éventuel, avaient, quand il s'était réalisé, la faculté d'y porter remède, même au préjudice, en bien des circonstances, des tiers intéressés.

Sous l'empire des coutumes, la physionomie du droit des créanciers fut complétement modifiée. On trouva que l'intérêt des cohéritiers étant, lui aussi, éminemment respectable, il valait infiniment mieux *prévenir le mal que d'avoir à le guérir* au dommage de leurs droits, dût-on, pour prévenir ce mal, tomber dans l'excès contraire à celui que l'on voulait éviter, et sacrifier parfois les créanciers à la famille.

On admit en conséquence en *présomption légale* que les créanciers, s'ils étaient *vigilants*, devaient connaître tous les partages intéressant leur débiteur; et cette présomption admise, on permit aux créanciers soit d'intervenir à ces partages, soit de s'opposer à ce qu'ils fussent faits hors de leur présence, en leur donnant le droit de faire résoudre, comme entachés de fraude, les partages qui auraient eu lieu au mépris de leur intervention ou de leur opposition, mais en leur déniant celui de faire, en l'absence de ces mesures précautionnelles, résoudre comme frauduleux un partage consommé, et cela, *quod notandum*, que le débiteur eût ou non colludé avec ses cohéritiers. On peut consulter à ce sujet les coutumiers d'Argentré, Chopin, sur la coutume de Paris, livre II, titre 5, nombre 8; Dumoulin, sur la même coutume, § 1er, gl. 5, n° 15, etc., etc. Lebrun, qui combat, dans son *Traité des successions*, titre des rapports, l'opinion de ces deux derniers auteurs au cas de renonciation frauduleuse, paraît y revenir entièrement au cas de partage dolosif dans son titre subséquent des partages, liv. IV, chap. 1er, nombre 63.

III.

Les rédacteurs du Code se sont trouvés en présence de ces deux théories contraires : en faveur de laquelle se sont-ils prononcés ?

La réponse à cette question ne saurait être douteuse pour quiconque a soigneusement examiné la filiation de l'article 1167, ses transformations dans les projets de rédaction, les exposés de

motifs et les discussions auxquelles il a donné lieu. De cet examen, en effet, il résulte à l'évidence que le droit romain, avec ses distinctions, a été répudié pour faire place au droit coutumier, lequel, on le sait, a été presque toujours, et malgré l'énergique résistance des avocats du Midi, ses éloquents défenseurs, l'objet des prédilections de nos législateurs modernes.

Lors de la discussion, au Conseil d'État, du titre des contrats et obligations, la rédaction du projet de l'article 1167 était ainsi conçue :

« Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, » attaquer tous actes faits par leur débiteur en fraude de leurs » droits. »

Plus tard, lors de la présentation nouvelle au Conseil d'État du projet rédigé conformément aux amendements adoptés dans les séances des 11, 18, 25 brumaire et 2 frimaire, le Conseil ajouta à la rédaction primitive une disposition, qui, rappelant l'article 882, établit, à n'en pas douter, une double dérogation à la règle générale de résolution, au cas de fraude aux droits des créanciers : cette disposition, la voici :

« Ils (les créanciers) doivent néanmoins, quant aux droits » énoncés aux titres des successions et des contrats de mariage, » se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

Enfin cette rédaction, après conférence tenue au Tribunat, devint la rédaction définitive; de telle sorte que l'article fut, en dernier état de cause, maintenu tel que nous le lisons aujourd'hui :

« Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer tous actes » faits par le débiteur en fraude de leurs droits. — Ils doivent » néanmoins, quant à leurs droits énoncés aux titres des succes- » sions et des contrats de mariage, se conformer aux règles qui » y sont prescrites. »

Or, en ce qui concerne les successions, et plus spécialement les partages, l'article 882 dispose :

« Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence. Ils ont le droit d'y inter-

venir à leurs frais, mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

Il est donc manifeste que les rédacteurs de l'article 1167, règle générale susceptible d'exception, n'ont formellement et d'une manière surabondante dérogé à cette règle par le renvoi à l'article 882, lequel, par avance, avait déjà fait brèche à la règle générale qui devait être ultérieurement posée, et n'ont admis comme présomption légale, *juris et de jure*, la présomption coutumière, que dans le seul but de faire bien comprendre l'impossibilité radicale, pour les créanciers réputés non vigilants, de provoquer la résolution d'un partage qu'ils prétendraient avoir été frauduleusement consommé.

S'il pouvait, au surplus (et nous ne le croyons véritablement pas), rester quelque doute, ce doute se trouverait entièrement levé par les développements qu'a donnés, et sur le texte et sur l'esprit de l'article 1167, M. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs au Corps législatif.

« Il faut encore, disait ce rapporteur, pour que les contrats ne » puissent nuire aux tierces personnes, que les créanciers aient » le droit d'attaquer en leur nom les actes faits en fraude de » leurs droits.

» On n'a cependant pas voulu que *les créanciers pussent trou-* » *bler le repos des familles* en attaquant, comme frauduleux, » certains actes qui sont nécessaires, actes qu'ils ne sont point » *censés ignorer*, et dans lesquels on leur donne seulement le » droit d'*intervenir* pour y défendre leurs droits ; ces cas sont » prévus dans le Code civil. Tel est celui d'un cohéritier dont les » créanciers peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé hors de » leur présence au partage des biens de la succession qu'il re- » cueille, et y intervenir à leurs frais, *mais sans avoir le droit* » *d'attaquer ce partage lorsqu'il est consommé*, à moins qu'on » n'eût procédé sans égard à une opposition qu'ils auraient » formée. »

Tous les mots, dans cet exposé, portent coup, et il ne reste place à aucune espèce d'ambiguïté.

IV.

Qu'objecte-on à ce système dans les deux camps de nos adversaires? Rien de bien sérieux, et tous leurs arguments peuvent se résumer en un seul que voici :

La fraude est une cause générale de rescision des actes qu'elle entache; l'article 882, auquel renvoie l'article 1167, ne déroge pas à ce principe. Cet article, en effet, se compose de deux phrases; et s'il est vrai que dans la première on s'occupe du cas de fraude, il faut reconnaître que rien de pareil n'est prévu dans la seconde, où le mot *frauder* n'est même pas répété; l'article sainement entendu ne crée donc aucune exception à la règle. — C'est ainsi, du reste, que l'a positivement interprété l'un des orateurs, M. Treilhart; c'est ainsi qu'il faut l'entendre, dans l'hypothèse surtout de collusion de la part de tous les cohéritiers; car alors il y aurait trop d'inconvénient à admettre une autre interprétation.

A cette objection, qu'on ne nous accusera certes pas d'avoir affaiblie, la réponse est facile, en présence surtout de ce que nous avons dit avant d'y arriver.

En règle générale, oui, la fraude est une cause de rescision; mais la règle fléchit incontestablement devant l'exception. Or, au cas de partage, il y a exception évidente dans l'article 882 d'abord, et dans l'article 1167 ensuite, par la raison que ce dernier article, à moins d'être un non-sens, et qui plus est un contre-sens, n'aurait pas renvoyé à l'article 882, si cet article n'eût point contenu *in fine* une dérogation à la règle.

Prendre texte de ce que le mot *fraude*, inséré dans la première partie de l'article 1167, a disparu de la seconde, pour en induire que le cas de fraude a été excepté de la disposition finale, c'est non, plus faire de l'argumentation, mais de l'argutie la plus subtile et la plus judaïque.

La pensée qui a dicté l'article, cela est certain, a été une, et les deux parties de la même phrase qu'il renferme concourent à la rendre homogène. On ne peut donc ainsi éplucher les mots, décapiter l'article, pour en isoler une partie et

chanter victoire de ce qu'il n'y a pas eu rédondance inutile dans une seconde disposition entièrement dominée par la première.

La pensée a été une et homogène, disons-nous. Que signifierait, en effet, la seconde partie de l'article entendue dans le sens que lui prêtent nos contradicteurs? Rien absolument; car si le partage critiqué par les créanciers n'était pas frauduleux, ces mêmes créanciers, *sans intérêt*, seraient aussi *sans action*, et n'auraient pas, alors même que le partage aurait été consommé nonobstant leur intervention ou leur opposition, *qualité* pour l'attaquer, par cette raison infiniment simple que les *mesures précautionnelles* qu'ils auraient prises et qu'ils étaient autorisés à prendre, dans le *but unique* d'éviter la fraude, seraient devenues, en supposant qu'on les eût respectées, complétement inutiles en face de l'événement et du résultat de la liquidation.

Et gardons-nous de nous attacher plus rigoureusement que ne le faisait sans doute l'orateur Treilhart lui-même, au sens littéral de ses paroles, alors que sur l'article 882 il s'exprimait ainsi :

« Le payement des dettes est la première et la plus impor-
» tante obligation des héritiers : les créanciers dont l'intérêt ne
» peut être révoqué en doute peuvent s'opposer, pour la conser-
» vation de leurs droits, à ce que le partage soit fait hors de leur
» présence, mais ils ne peuvent pas attaquer un partage fait *sans*
» *fraude* en leur absence, à moins qu'il n'y eût été procédé au
» préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. Ils sont bien
» maîtres d'intervenir, mais on n'est pas obligé de les appeler. »

En admettant que ces mots *sans fraude*, constitutifs d'une phrase incidente, ne soient point un *lapsus* mêlé par mégarde au cours d'une discussion, il nous est impossible de penser que Treilhart ait eu la *naïveté* de dire que des créanciers sans intérêt, et conséquemment sans qualité, pussent attaquer un partage non frauduleux, par cela seul qu'on aurait fait sans eux ce que l'on n'aurait pas fait mieux en leur présence. Ces mots de Treilhart, s'ils ont été intentionnels, ne peuvent qu'accuser une arrière-pensée toute personnelle et *sans écho*, mal formulée par un orateur imbu encore de la loi romaine ou désireux de la conserver.

Et puis, lorsque la discussion dernière et plus approfondie sur le droit des créanciers, au cas de fraude à leurs intérêts, eut lieu à propos de l'article 1167, ultérieurement à la discussion de l'article 882, lorsque cet article eut mis nettement en lumière, dans une adjonction bien significative, et la dérogation à la règle de son premier paragraphe, et le renvoi à l'article 882, qui y aurait dérogé également, lorsque enfin les paroles du rapporteur Bigot-Préameneu eurent sommé tous les opposants, tous les contradicteurs de s'expliquer et sur la lettre et sur la pensée bien connue de l'article, aucune réclamation ne s'éleva, pas même de la part de Treilhart, qui, par son silence, prouva, ou qu'il n'avait pas pris au sérieux ces mots *sans fraude*, ou que les sentant bien et dûment hors la loi, il passait condamnation.

Que maintenant il puisse y avoir quelque inconvénient à ce qu'au cas de collusion des cohéritiers du débiteur, les créanciers, surpris par un partage imprévu, soient forclos du droit de le faire résoudre, c'est une question que nous n'avons pas à aborder, car la question à résoudre n'est pas là : la loi n'est pas à faire, elle est faite, dure peut-être; mais enfin une loi dure est une loi, *dura lex sed lex;* les considérations qui ont *fléchi devant la rédaction*, doivent, à bien plus forte raison, *fléchir devant l'application;* tourner un texte clair, positif, ce n'est plus interpréter, mais violer.

Le Code n'a pas voulu distinguer entre le cas de fraude personnelle aux débiteurs et le cas de fraude commune entre eux et leurs cohéritiers; de hautes considérations d'intérêt des familles lui ont fait rejeter les distinctions prétendues équitables, mais dangereuses, de la loi romaine, parce que ces distinctions, grosses de procès, grosses des frais qu'ils entraînent, étaient un remède véritablement pire que le mal, en ce sens qu'au cas de fraude du débiteur seul, les créanciers mécontents ne manquaient jamais de crier à la collusion de tous les héritiers.

Pour nous, tout en reconnaissant les inconvénients de la loi, il nous est impossible de la blâmer. S'ils ne peuvent punir les cohéritiers au moyen de la résolution de l'acte que ceux-ci ont concouru à rendre frauduleux, les créanciers ne leur sont cependant pas livrés désarmés et à merci. Ils ont en effet, dans les

articles 1382 et suivants, le moyen de faire réparer, par les complices du dol, le préjudice né de la collusion.

V.

Deux mots encore pour terminer sur cette matière.

Qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas collusion, les créanciers forclos, au cas de fraude, auront toujours non plus de leur chef, mais bien aux termes de l'article 1166, la possibilité de faire valoir, à l'occasion du préjudice causé, les droits de leur débiteur dans tous les cas où celui-ci pourrait les faire valoir lui-même. C'est ainsi qu'ils seraient habiles à provoquer un nouveau partage s'il y avait lésion de plus du quart, etc., etc.

Un partage simulé n'étant qu'une apparence et non une réalité, rien, au cas de simulation, ne s'opposerait à ce que les créanciers demandassent, non pas un nouveau partage, parce qu'un partage simulé n'en est pas un, mais la nullité de l'acte indûment qualifié tel.

C. LEGENTIL.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de novembre 1851.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. *Chose jugée; quittance; exception de payement.* — Quel est l'effet d'une quittance retrouvée sur le jugement antérieur qui condamne au payement d'une somme dont cette quittance constate l'acquit avant l'instance en payement?
2. *Quid*, lorsque l'exception de payement proposée lors de la condamnation a été rejetée comme non établie, à défaut de représentation de la quittance?
3. *Communauté; soulte; partage.* — La soulte, dans le partage d'une succession immobilière échue à l'un des époux, est-elle un propre ou un conquêt de communauté? Renvoi.
4. *Communauté; parts inégales; reprises.* — Quel est, eu égard aux apports de l'époux prédécédé, l'effet de la convention qui attribue au survivant la communauté tout entière? Ces apports passent-ils à l'époux survivant, ou doivent-ils être repris par les héritiers de l'époux prédécédé?
5. *Licitation; parts acquises; transcription.* — Lorsque plusieurs cohéritiers acquièrent, sur licitation, un immeuble indivis entre eux et d'autres cohéritiers, le droit de transcription doit-il être liquidé sur la valeur intégrale de l'immeuble licité, ou seulement sur la part acquise par les cohéritiers adjudicataires?
6. *Donation; meubles; transcription.* — Le droit des donations immobilières, appliqué par la loi du 18 mai 1850 aux donations d'immeubles, doit-il être perçu intégralement sur une donation mobilière, ou seulement sous la déduction de 1 fr. 50 c. pour la transcription à laquelle ne sont point sujettes les transmissions de biens meubles?

1. — (Rej. 29 juill. 1851; *J. P.*, 51, 2, 489[1].) — L'arrêt que le *Journal du Palais* rapporte sous cette date s'est trouvé en présence de deux principes également certains, mais qui, dans l'état des faits, pouvaient, au premier aperçu, paraître difficilement conciliables. Dans l'espèce, un jugement avait prononcé sa condamnation au payement d'une somme pour marchandises vendues, bien que l'acquéreur eût soutenu qu'il avait payé au

[1] *V.* aussi Dalloz, 51, 1, 217; Devilleneuve et Carette, 51, 1, 577.

vendeur une somme même supérieure à celle qui avait fait l'objet de la demande. Plus tard, l'exécution du jugement étant poursuivie, l'acquéreur s'opposant au commandement qui lui avait été fait, exoipa d'une quittance par lui retrouvée et qui paraissait justifier pleinement sa défense dans l'instance en payement : il résultait, en effet, de cette quittance, non-seulement que l'acquéreur avait soldé tout ce qu'il devait, mais encore qu'il avait payé au delà, en sorte qu'au lieu d'être débiteur, il aurait été créancier.

Dans cette position, il y avait à opter entre deux règles également consacrées par la loi positive : l'une, favorable à l'acquéreur condamné, et essentiellement équitable, à savoir que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (C. civ., 1235 et 1377); l'autre, favorable au vendeur qui avait obtenu gain de cause, et essentiellement protectrice de l'ordre social, à savoir la chose jugée (art. 1351) qui rend légalement certaine l'existence ou la non-existence du rapport juridique qui a fait l'objet de la contestation (Zachariæ, t. V, p. 799).

Lequel de ces principes devait l'emporter sur l'autre dans l'espèce ci-dessus? C'était la question qui se présentait à résoudre.

Une telle question était nécessairement subordonnée à l'appréciation de ce qui avait fait précisément l'objet de la première condamnation. Si le jugement s'était borné à constater l'existence d'une dette et à donner au créancier un moyen d'en obtenir le payement, il ne paraît pas douteux que la découverte d'une quittance établissant la libération du débiteur ne dût avoir pour effet de permettre à celui-ci d'opposer l'exception de payement, même en présence et sur l'exécution du jugement qui l'avait condamné à payer.

Ceci ne paraît pas avoir fait l'objet d'un doute sérieux dans l'ancienne jurisprudence. Il y en avait même, dans quelques pays, des dispositions expresses; notamment dans les chartes générales du Hainaut, on lit : « Combien que cy devant contre jugements et sentences l'on ne pourrait proposer que payement, respit et quittance de chose advenue depuis lesdits jugements et sentences, néanmoins de ce jour en avant, contre les jugements et

sentences qui se rendront par contumace, l'on pourra proposer lesdits payements, respit ou quittance, aussi bien de chose advenue devant que depuis ladite contumace. — Mais contre les jugements et sentences rendus sur procès contradictoires, ne se pourra proposer ny vérifier payement, *sinon de ce que serait advenu depuis ladite sentence ou jugement, n'est que par relief de notre dite Cour, et pour causes et raisons suffisantes l'on soit à ce admis à ses dépens.* » (Chap. 53, art. 24 et 25; *V.* Dumées, *Jurisp. du Hainaut français*, p. 420.)

C'est qu'en effet on ne pouvait considérer l'autorité de la chose jugée comme mise en échec dans une pareille situation. Loin de là, puisque produire une quittance antérieure au jugement, ce n'était pas attaquer ce jugement, c'était prouver qu'on l'avait exécuté d'avance. Les anciens auteurs sont très-affirmatifs sur ce point. Duparc-Poullain s'en explique en ces termes : « Dans tous les cas où l'on peut être déchargé de la condamnation, sans être obligé d'attaquer l'arrêt, la requête civile n'étant pas nécessaire, elle ne serait pas reçue pour la pièce nouvellement recouvrée...; par exemple, s'il s'agissait d'une quittance d'une partie des condamnations contenues dans l'arrêt. *Car les condamnations au payement s'entendent toujours par argent ou quittances* » (*Principes de Droit français*, t. X, p. 960, 961). — Plus explicite encore, Rodier dit : « Celui qui a été condamné par arrêt à payer une somme et qui vient ensuite à recouvrer la quittance du tout ou de partie, de quelque mamanière qu'il la recouvre, n'a pas besoin d'impétrer requête civile pour emporter cette condamnation; il peut faire valoir cette quittance même après les six mois de la découverte, parce que les payements antérieurs *ne détruisent pas la chose jugée, mais peuvent être opposés en exécution de la chose jugée.* Bien plus, il peut, après avoir recouvré la quittance, répéter ce qu'il aurait payé en vertu de l'arrêt : le droit donne pour cela une action appelée *condictio indebiti*, pourvu qu'il n'ait pas payé avec connaissance de cause, et sachant qu'il avait une quittance, suivant la loi 26, § 3, et la loi 65, § 1, *ff.*, *De condict. indeb.* » (*Quest. sur l'ord.*, tit. 35, art. 34, § 11, n° 3.)

Ces considérations ont encore toute leur force aujourd'hui;

il est toujours vrai de dire qu'en présence d'un jugement qui se borne à constater l'existence d'une dette, il serait trop dur de repousser, par l'exception de la chose jugée, le prétendu débiteur venant avec une quittance, ultérieurement découverte, qui établirait sa libération; et cela ne serait même pas juridique, puisque armé par cette découverte d'une exception qu'il n'avait pas soumise au juge, dans la première action, et à laquelle ni le juge ni lui-même peut-être n'avaient songé, peut soutenir à bon droit que l'exception de libération n'a pas été réellement jugée.

Prenons donc l'expression de Duparc-Poullain, et disons avec lui que celui-là exécute véritablement un jugement loin d'en remettre en question le jugé, qui, condamné à payer une somme, se libère en remettant une quittance dont il avait omis d'abord d'exciper.

Du reste, la Cour de cassation a décidé en ce sens, que si lors d'un jugement qui condamne le debiteur au payement intégral de la dette, il n'a point été question de la remise partielle consentie antérieurement par le créancier, le débiteur conserve le droit de réclamer l'effet de la remise, sans qu'on puisse lui opposer, comme opérant fin de non-recevoir à cet égard, le jugement qui ordonne le payement intégral, encore qu'il ait acquiescé à ce jugement par le payement des frais. (Arrêt du 22 juillet 1818; *V.* l'arrêt à sa date dans la *Collect. nouv.* de MM. Devilleneuve et Carette, et au *Journal du Palais.*) Nombre d'arrêts rendus, tant par la Cour de cassation que par les Cours d'appel, contiennent la même solution. (*V.* ces arrêts dans le *Rép.* de MM. Dalloz, nouvelle édition, v° *Chose jugée*, n°s 376 et suiv.)

2. L'arrêt du 29 juillet 1851, qui fait l'objet spécial de notre examen, décide cependant que lorsqu'un jugement a condamné un débiteur au payement d'une somme, l'autorité de la chose jugée met obstacle à ce que ce débiteur puisse ultérieurement invoquer, pour repousser l'exécution, une quittance libératoire qu'il prétendrait avoir retrouvée depuis le jugement. Toutefois cet arrêt n'est pas en opposition avec le principe qui sert de base à la jurisprudence qui vient d'être rappelée.

Cette jurisprudence part de cette donnée qu'il faut se re-

porter au premier jugement et voir ce qui a été précisément décidé. Or nous avons supposé que l'existence de la dette se trouvait seule constatée. L'exception de payement n'a donc pas été mise en question, et c'est pour cela que la jurisprudence n'a pas vu, dans cette hypothèse, une violation de la chose jugée dans la décision qui donne effet à une quittance libératoire découverte et produite après le premier jugement. Mais si ce premier jugement a eu pour objet non pas seulement de constater l'existence d'une dette à un moment donné, mais encore de statuer sur la libération du débiteur, et s'il a décidé que le débiteur ne s'est pas libéré, celui-ci pourra-t-il encore exciper d'une quittance qu'il aurait découverte ultérieurement? C'est dans cette hypothèse qu'a été rendu l'arrêt du 29 juillet 1851 : on voit qu'elle diffère de la précédente, et que si les solutions sont contraires, dans le fait, elles ne présentent, dans le droit, rien de contradictoire. Et la Cour de cassation elle-même semble avoir voulu l'indiquer par le soin qu'elle a pris de mettre en lumière les deux points qui, dans l'espèce, avaient fait l'objet du premier jugement. « Attendu, a-t-elle dit, que le jugement attaqué constate qu'il résulte des déclarations de G... lui-même, consignées dans les conclusions par lui prises, que, poursuivi en payement de marchandises qui lui avaient été vendues par R..., il avait constamment soutenu devant le tribunal saisi de la contestation *avoir payé la somme de* 400 *francs* à valoir sur celles qui lui avaient été réclamées; que ce payement ayant été nié par son adversaire, il y avait eu, *tant sur le montant des fournitures que sur les payements allégués*, débat contradictoire entre les parties; que le jugement rendu à la suite de ces condamnations..... a donc statué *tout à la fois sur la demande et sur l'exception de payement opposée par le défendeur;* qu'il a, sur le tout, l'autorité de la chose jugée, et que cette autorité ne peut être détruite par la représentation d'une quittance que G... prétendrait avoir retrouvée depuis le jugement de la contestation... »

Maintenant est-il vrai, en droit, que le débiteur condamné ne puisse pas, par cela seul qu'il a opposé l'exception de payement et que le jugement de condamnation a statué sur cette exception, se prévaloir d'un titre libératoire qu'il aurait décou-

vert depuis, et, suivant l'expression de Duparc-Poullain, payer en quittance ? M. Duranton s'était d'abord prononcé pour l'affirmative : il avait soutenu, dans son *Traité des obligations*, n° 1466, en s'attachant aux termes de l'article 480, n° 10, du Code de procédure, que la découverte d'une quittance ne peut avoir effet qu'autant que la quittance aurait été retenue par le fait de la partie adverse. Depuis, cette opinion lui a paru trop rigoureuse, et tout en la maintenant pour les autres pièces qui laissent toujours le point de la contestation plus ou moins incertain, il l'a rétractée pour les quittances qui, dit-il, lorsqu'elles sont claires et positives, détruisent nettement l'obligation. En conséquence, M. Duranton soutient aujourd'hui que, « même dans le cas où le défendeur ayant allégué un payement aurait été condamné faute de produire la quittance, ne l'ayant pas encore retrouvée, le jugement devrait être considéré comme conditionnel dans ses effets, c'est-à-dire *à moins que le défendeur ne justifie du payement qu'il dit avoir fait;* qu'en d'autres termes, le jugement emporterait condamnation à payer *en deniers ou quittances :* d'après quoi, si le jugement se trouvait exécuté au moment où la quittance viendrait à être découverte, il y aurait lieu à la répétition de ce qui aurait été payé indûment » (*Cours de droit civil*, t. XIII, n° 474).—Pareillement, MM. Dalloz, dans leur savant *Traité de la chose jugée*, distinguent entre le cas où l'exception de payement aurait été rejetée par le motif qu'illégalement fait le payement ne serait pas libératoire, et celui où elle aurait été rejetée parce que le payement n'aurait pas été prouvé. « Dans ce second cas, disent-ils, il est rigoureux, il est injuste de refuser l'action en restitution à celui qui a payé deux fois, sous prétexte que lors du jugement il a invoqué un titre libératoire qu'il s'est trouvé alors dans l'impuissance de représenter. Nous ne pouvons admettre aucune différence entre celui qui s'est prévalu de la quittance qu'il n'a pu produire, et celui qui n'en a pas parlé » (*V° Chose jugée*, n° 376). — *V.* aussi l'annotation du *Journal du Palais*, l'*Essai sur les preuves* de M. Solon, et la note de M. Dalloz au Rec. pér., 51, 1, 217.— Enfin, M. Carette, dans l'annotation qui accompagne l'arrêt du 29 juillet 1851 (Devill. et Car., 51, 1, 577), s'attache à éta-

blir que dans le cas où l'exception de payement a été écartée à défaut de représentation de la quittance, ce qui est jugé, c'est uniquement qu'une dette a été contractée et que la preuve de son extinction n'a pas été rapportée, en sorte que la répétition, si elle était admise lorsque plus tard l'extinction de la dette vient à être prouvée par la découverte de la quittance libératoire, serait non pas une atteinte à l'autorité de la chose jugée, mais une application des articles 1235 et 1376, très-généraux et très-absolus, touchant la restitution de ce qui a été indûment payé.

On le voit donc, la décision de la Cour de cassation a trouvé, dans la doctrine, de très-sérieux et de très-graves contradicteurs.

Nous croyons cependant que cette décision est parfaitement juridique; et peut-être les scrupules qu'elle a fait naître tiennent-ils à une préoccupation trop grande et trop exclusive des conséquences rigoureuses auxquelles elle aboutit.

Sans doute il est rigoureux, comme le disent MM. Dalloz, de refuser l'action en répétition à celui qui a payé deux fois. Mais la question n'est pas là; elle est dans les effets de la chose jugée : et de l'aveu de tous, la chose jugée, dans ses applications, produit des conséquences non moins rigoureuses qu'il faut cependant accepter. Ainsi, j'ai attaqué un acte pour un vice de forme, et ma demande a été rejetée : pourrais-je attaquer ce même acte pour un autre vice de forme qui en amènerait infailliblement la nullité? Ainsi encore, j'ai souscrit une obligation, et j'en ai ensuite demandé la nullité en ce que mon consentement aurait été surpris par erreur; ma demande a été rejetée : pourrais-je, si je découvre plus tard que des machinations frauduleuses ont été pratiquées par celui envers lequel je me suis engagé, attaquer cette même obligation pour cause de dol? Non; tous les auteurs sont d'accord à cet égard : ils enseignent tous, et MM. Dalloz eux-mêmes enseignent que s'il y a diversité de moyens dans les attaques dirigées successivement contre l'acte ou contre l'obligation, il n'y a pas moins, au fond, identité de cause; en sorte que le tribunal, après avoir maintenu l'acte ou l'obligation par son premier jugement, ne pourrait pas l'annuler par un second sans porter atteinte à l'autorité de la chose ju-

gée. Cela est rigoureux cependant : dans l'une et dans l'autre hypothèse, un acte, une obligation subsistent et reçoivent leur exécution, nonobstant le vice qui les affecte. Mais on souscrit à cette rigueur, parce qu'il faut bien que les procès aient un terme; parce que devant l'intérêt général, l'intérêt privé doit se taire, et que si celui-ci peut être froissé quelquefois, l'inconvénient est peu grave à côté de celui que produiraient l'incertitude des décisions judiciaires et la possibilité de les modifier à l'occasion de tout événement qui viendrait changer après coup les éléments du débat sur lequel elles sont intervenues.

Ces mêmes considérations sont pleines de force contre l'action de celui qui, condamné à payer une somme après avoir opposé l'exception de payement, vient, à l'aide d'une quittance qu'il a découverte depuis, s'opposer à l'exécution du jugement, ou, si le jugement est exécuté, répéter l'indû. Et vainement dirait-on, avec M. Duranton, qu'une quittance *détruit nettement l'obligation*. Sans doute elle aurait détruit l'obligation avant le jugement; mais après, c'est tout autre chose. L'obligation désormais est dans le jugement même : il faut voir ce qui a été jugé.

Or ce qui a été jugé, par une décision qui ordonne le payement, entre deux personnes dont l'une a dit : « Vous me devez telle somme, » et l'autre : « Je vous ai payé cette même somme, » ce n'est pas seulement, comme le soutient M. Carette, qu'une dette a existé et que la preuve de son extinction n'a pas été rapportée, c'est encore qu'une dette a existé, et que n'ayant pas été acquittée, elle existe encore. Voilà réellement le contrat judiciaire, et la découverte ultérieure d'une quittance n'y peut rien changer. Que *dans le for intérieur*, le demandeur qui a obtenu gain de cause ne doive pas poursuivre l'exécution du jugement si la quittance découverte est réelle et si elle s'applique bien aux sommes pour lesquelles il a fait prononcer la condamnation, cela n'est pas contestable. Qu'il soit tenu, *par une obligation naturelle*, à la restitution de l'indû, si le jugement est déjà exécuté lorsque la quittance vient à être découverte, nul non plus n'en saurait disconvenir. Mais il s'agit ici de la loi positive; et dans les termes de la loi positive, quand une décision, passée en force de chose jugée, a dit que Pierre, débiteur de

Paul d'une somme quelconque, ne lui a pas payé cette somme, il est légalement certain que Pierre n'a pas payé; la chose est jugée, et désormais la découverte d'une quittance, pas plus qu'aucun autre fait ultérieur, ne permettra que Pierre remette ce point en question, à moins que la quittance n'ait été retenue par son adversaire, ce qui, en rentrant dans les termes de l'article 480 du Code de procédure, ouvre un autre ordre d'idées. L'article 1376 du Code civil ne change rien à cela, parce que, si généraux que soient les termes de cet article, ils n'admettent cependant la répétition que dans la supposition que le créancier a reçu ce qui ne lui était pas dû, c'est-à-dire dans la supposition d'un payement sans cause. Or ici le payement avait une cause; elle était dans le jugement portant condamnation de payer.

Du reste, cette doctrine n'est pas nouvelle. Elle a été nettement posée devant la Cour suprême, dès l'année 1808, par M. Merlin, qui la présentait comme ayant été admise, dans l'ancien droit, par tous les auteurs qui avaient écrit sur les exceptions. (*V.* l'arrêt du 27 juin 1808, aff. Crotat, *Rép.*, v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 3, n° 4.) Elle a été pleinement adoptée depuis par M. Toullier (*V.* t. X, n° 127); et la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 29 juillet 1851 ne contient aucun document qui lui soit contraire.

On a présenté, il est vrai, comme opposé, un arrêt du 24 frimaire an X, qui, dans une espèce où l'exception de payement avait été proposée avant le jugement de condamnation, a néanmoins jugé que le défendeur qui a payé, en exécution de ce jugement, peut demander la restitution, lorsqu'il découvre ultérieurement une quittance libératoire. (*V.* l'arrêt, à sa date, dans le *Journal du Palais* et dans la collect. nouv. de MM. Devill. et Car.; *V.* aussi Dalloz, nouv. édit., v° *Chose jugée*, n° 376.) Mais il faut prendre garde qu'il y avait, dans l'espèce, cette circonstance particulière que le défendeur, en même temps qu'il opposait l'exception de payement, offrait de payer sous la condition que la somme lui serait restituée s'il trouvait la preuve de sa libération, et que ces offres étaient acceptées. Le contrat judiciaire s'était formé dans ces termes conditionnels, en sorte que le défendeur ne faisait que l'exécuter à la lettre lorsque ayant

acquis la preuve de sa libération, il venait réclamer la restitution de ce qu'il n'avait consenti à payer que sous une condition déterminée et acceptée.

Cela était parfaitement juste, et nous ne doutons pas, pour notre part, que ce qu'elle a jugé le 24 frimaire an X, la Cour de cassation l'eût jugé également le 29 juillet 1851, si la position eût été la même.

Aussi pensons-nous qu'il se tire des arrêts rendus à ces deux époques un enseignement qui ne doit pas être perdu pour la pratique : un débiteur poursuivi en payement d'une somme qu'il croirait avoir payée déjà, fera sagement de réserver son droit, en demandant à payer *soit en deniers*, *soit en quittances*, et en outre, pour le cas où l'exécution du jugement en suivrait de trop près le prononcé, *en offrant de payer sous condition de restitution*, s'il peut justifier plus tard d'un payement dont le titre ne s'est trouvé sous sa main ni à l'époque du jugement ni à celle de l'exécution. Ceci soit dit néanmoins sous la réserve du droit, pour le juge, d'apprécier les circonstances, et de voir jusqu'à quel point il serait convenable et juste de sanctionner ces conclusions qui, admises sans examen, pourraient à la longue restaurer ces *actions en lief comminatoire*, qui, connues dans quelques-unes de nos anciennes provinces par leurs abus et par les conséquences funestes qu'elles traînaient à leur suite, ont été trop justement proscrites de notre nouvelle législation [1].

3. — (Douai, 9 mai 1849; *J. P.*, 51, 2, 571.) — Nous avons recherché dans notre précédent examen doctrinal si la soulte que reçoit un époux dans une succession immobilière à laquelle il est appelé est propre à cet époux ou si elle constitue une valeur de communauté (V. *suprà*, p. 139 et suiv.). L'arrêt qui a fait alors l'objet de notre examen (Req. 11 déc. 1850) nous a permis de suivre les distinctions suivant lesquelles la question doit être résolue. L'arrêt de la Cour de Douai que nous signalons ici à l'attention du lecteur statue sur la même question, et quoique moins explicite dans ses motifs, il paraît rentrer pour-

[1] *V.* sur les jugements en forme comminatoire, les observations de MM. Carré, *Lois de la procéd. civ.*, quest. 1765, et Toullier, t. X, nos 121 et suiv.

tant dans les doctrines reçues. La Cour y pose en principe que dans le cas d'une succession purement immobilière échue à l'un des époux, les soultes qui lui sont attribuées pour moins-value de son lot ne tombent pas dans la communauté. Et comme les circonstances de la cause permettent de supposer qu'il s'agissait d'un partage fait après la formation de la société conjugale *et pendant sa durée*, l'arrêt se place dans l'hypothèse qui fait l'objet du n° 5 de notre précédente *Revue* (*V*. p. 140), hypothèse dans laquelle la soulte constitue en effet un propre pour l'époux héritier. Nous n'avons donc rien à ajouter en ce qui concerne cette partie de l'arrêt.

4. Mais à côté de cette question la Cour de Douai en avait une autre à résoudre. Dans l'espèce, les époux, dérogeant par application de l'article 1520 du Code civil au partage égal qui, à défaut de stipulation contraire, est de principe dans la communauté légale, étaient convenus par leur contrat de mariage que la totalité de la communauté appartiendrait au survivant d'entre eux, lequel aurait en outre l'usufruit des biens immeubles propres de l'époux prédécédé. Nous avons établi dans le *Traité du contrat de mariage*, par des considérations auxquelles M. Troplong a prêté l'appui de sa grande autorité (*V*. la note du savant magistrat sur le n° 2173 de son Commentaire), que, quoi qu'on en ait dit, cette convention particulière n'est pas exclusive de toute idée de communauté. La convention, à notre avis, modifie plus énergiquement que toute autre le principe de la communauté légale; mais elle ne détruit pas ce principe au point de ne laisser aucun vestige de la communauté. Il reste toujours pour chacun des époux ce qui, dans le système de la communauté légale, est l'élément le plus puissant de la prospérité du ménage, l'espoir d'acquérir, en tout ou en partie, les bénéfices de l'industrie commune; car de quelque manière que la clause ait été stipulée, soit qu'elle attribue la totalité de la communauté au survivant, soit qu'elle l'attribue à l'un d'eux nommément en cas de survie, une chance reste toujours ouverte pour chacun des époux : on ne sait lequel des deux survivra, et puisque chacun se trouve ainsi intéressé à la prospérité de la communauté, il est vrai de dire qu'il y a entre les

parties une société véritable, un intérêt commun, un intérêt d'associé, ce qui constitue une espèce de communauté conjugale (*V.* t. II, n° 342).

Mais quel est, eu égard aux apports de l'époux prédécédé, l'effet d'une pareille convention? Ces apports passent-ils au survivant avec les autres biens de la communauté ou peuvent-ils être repris par les héritiers de l'époux prédécédé? C'est la question que la Cour de Douai a eu à résoudre. Ceci, nous l'avouerons, ne nous avait pas paru pouvoir être mis en doute. Il nous a semblé certain, en présence du premier paragraphe de l'article 1525 du Code civil, qu'en principe les héritiers de l'époux prédécédé exercent la reprise des apports et des capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur; que ce droit est indépendant pour eux de toute convention spéciale, et qu'il résulte suffisamment de la convention même qui attribue la totalité de la communauté au conjoint de leur auteur, en sorte que si la convention était muette sur le droit de reprise, ce droit n'en subsisterait pas moins tout entier (V. *loc. cit.*, n° 346). En effet, l'article 1525 dit expressément dans son premier paragraphe : « Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, *sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur.* »

Cependant, par un de ces écarts d'interprétation dont l'intérêt privé aux prises avec la loi donne de trop fréquents exemples, on reliait, devant la Cour de Douai, la première disposition de l'article 1525 à la seconde, d'après laquelle les conventions dont il s'agit ne doivent pas être considérées comme avantages sujets aux règles des donations, mais simplement comme conventions de mariage et entre associés; et l'on disait que l'article 1525 n'a pas pour objet d'accorder la reprise aux héritiers de l'époux prédécédé, mais seulement de décider que quand elle a été formellement stipulée, l'attribution à l'époux survivant de toute la communauté n'est pas considérée comme un avantage sujet aux règles des donations.

Évidemment l'interprétation était abusive; la construction grammaticale de l'article 1525 ne s'y prêtait en aucune façon, et

la Cour de Douai a répondu avec toute raison que si telle eût été la pensée du législateur, il n'eût pas réglé par deux dispositions distinctes la conséquence unique qu'il aurait attachée à l'attribution au survivant de la communauté tout entière Mais ce n'est pas là certainement ce qui a préoccupé le législateur, et on en trouve la preuve dans le rapport fait au Tribunat par M. Duveyrier, qui, expliquant la clause dont il s'agit ici, s'exprime en ces termes : « La communauté entière, gratuitement dévolue au survivant ou à l'un des époux seulement, *donne droit aux héritiers de l'autre* de reprendre ce que leur auteur y avait apporté. » (Locré, t. XIII, p. 373; Fenet, t. XIII, p. 744.)

Il est donc certain que l'article 1525, dans sa première disposition, revient à dire que l'attribution de la communauté entière à l'époux survivant n'a lieu que sauf le droit de reprise pour les héritiers du prédécédé, et que la stipulation s'applique seulement aux bénéfices provenant soit de l'industrie commune, soit des revenus des biens propres aux époux. C'est de la stipulation ainsi entendue que le deuxième paragraphe dit qu'elle n'est pas nécessairement et en elle-même constitutive d'une donation, et il y avait intérêt à le dire, parce que l'attribution de la communauté à l'un des époux, même sans les apports de l'autre, contient parfois un avantage considérable que tout héritier réservataire aurait pu faire réduire aux limites du disponible, si la loi n'eût commandé de ne voir dans une telle attribution qu'une convention de mariage et entre associés.

D'après cela, l'interprétation proposée devant la Cour de Douai ne pouvait qu'être écartée; ainsi en a-t-il été, et la Cour a décidé avec raison que le droit de reprise existe pour les héritiers de l'époux prédécédé indépendamment de toute stipulation, et que ce droit ne pourrait leur être dénié que dans le cas où une disposition spéciale du contrat de mariage le leur aurait formellement enlevé. C'est aussi l'avis de tous les auteurs. (*V.* MM. Zachariæ, t. III, § 530, n° 14; Bellot, t. III, p. 303; Marcadé, art. 1525, n° 2; Troplong, n° 2173, etc.)

On a soutenu même qu'une telle disposition, si elle se trouvait dans le contrat de mariage, devrait être réputée non écrite comme entachée de nullité (Battur, n° 489). Nous n'allons pas

jusque-là, parce que la loi permet aux époux de stipuler, dans leur contrat de mariage, toutes conventions qui ne sont contraires ni aux lois, ni aux mœurs, ni à l'ordre public, et qu'il n'y a, dans la disposition dont il s'agit, rien de contraire ni à l'ordre public, ni aux mœurs, ni aux lois. La seule question qui pourrait se présenter alors serait de savoir si l'attribution de la communauté ne prend pas le caractère de libéralité eu égard du moins aux apports? Cette question que la Cour de Douai n'a pas eu à résoudre sort, par ce motif, de notre sujet. Nous nous bornerons donc à dire que jusqu'ici la doctrine l'avait résolue affirmativement. (*V.* notre *Traité du contrat de mariage*, n° 346, et MM. Delvincourt, t. III, p. 96; Bellot, t. 4, p. 303; Zachariæ, *loc. cit.*, n° 15; Marcadé, *loc. cit.*, n° 4.) Seul, M. Troplong a pensé que la stipulation est aléatoire au même titre que celle que prévoit l'article 1525 et qu'elle n'a aucun des caractères d'une libéralité (n° 2181).

5. — (Cass. 2 déc. 1851; *D. P.*, 51, 1, 323.) — Nous avons cherché à établir, dans un précédent article, contre la jurisprudence constante de la Cour de cassation, que l'augmentation de droit de 1 1/2 p. 100 établi par la loi du 28 avril 1816 sur les actes de nature à être transcrits n'étant plus, depuis cette loi, qu'un droit d'enregistrement qui a remplacé le droit de transcription, elle doit être liquidée, comme le droit auquel elle accède, seulement sur la part acquise par les colicitants adjudicataires et non sur le prix entier de l'immeuble licité (*V.* plus haut, p. 111). M. Dalloz rapporte, sous la date du 2 décembre 1851 [1], un arrêt qui, pour la neuvième fois, vient de juger que le droit doit être liquidé, au contraire, sur l'intégralité du prix. Nous n'avons rien à ajouter à nos précédentes observations, d'autant plus que le nouvel arrêt de la Cour suprême n'apporte, dans le débat, aucun élément qui ne s'y trouvât déjà par l'effet de ses arrêts antérieurs. Mais nous citions comme ayant confirmé notre opinion, un jugement du tribunal de Châteaudun en date du 28 novembre 1851. Ce jugement, inédit alors, a été publié depuis : on le trouve

[1] Nous ne trouvons cet arrêt ni dans les recueils généraux, ni dans les publications spéciales. Peut-être la date est-elle inexacte, et l'arrêt n'est-il autre que celui qui a été rendu le 2 décembre 1850.

au *Recueil* de MM. Dalloz, dans le cahier même qui contient le dernier arrêt de la Cour suprême (*V.* 3e part., p. 71; *V.* aussi le Bulletin des droits d'enregistrement publié par le *Journal du Palais*, art. 40). Comme nous, le tribunal s'est placé franchement sur le terrain de l'abrogation de la loi du 21 ventôse an VII par la loi de 1816; les motifs du jugement résument ainsi nos observations; c'est à ce titre que nous les reproduisons ici : « Attendu, a dit le tribunal, qu'en ce qui concerne les actes qui sont de nature à être transcrits, l'impôt constitué par les lois des 9 vendémiaire an VI et 21 ventôse an VII a été remplacé, par l'effet des articles 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816, par un droit d'enregistrement ajouté à celui que les lois spéciales de l'enregistrement avaient établi sur lesdits actes; qu'en effet l'article 54 de la loi de 1816 dit expressément que « dans tous les cas où les » actes seront de nature à être transcrits, *le droit sera augmenté* » de 1 1/2 p. 100 et que la transcription ne donnera plus lieu » à aucun droit proportionnel »; que cet article, dont la disposition embrasse des actes nombreux soumis à des droits d'enregistrement différents par leur quotité, a fait précisément, par une formule générale, ce que l'article 52 de la même loi a fait pour les ventes d'immeubles spécialement prévues dans ce dernier article; que l'article 52, en disposant que « *le droit d'en-* » *registrement* des ventes d'immeubles est fixé à 5 1/2 p. 100, » mais que la formalité de la transcription ne donnera plus lieu » à aucun droit proportionnel », ne permet pas de dire aujourd'hui que les ventes d'immeubles sont soumises à deux droits distincts : l'un d'enregistrement à 4 p. 100, tel qu'il avait été fixé par la loi du 22 frimaire an VII; l'autre de transcription à 1 1/2 p. 100, tel qu'il résultait de l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII; que, par cela même, loin de supposer que les actes prévus par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 et dont le droit est augmenté de 1 1/2 p. 100 par cet article, donnent lieu à deux perceptions distinctes : l'un pour l'enregistrement, l'autre pour la transcription, on doit reconnaître qu'il résulte seulement de cet article, rapproché de l'article 52, que les actes, quels qu'ils soient, qu'il prévoit et que la loi spéciale de l'enregistrement avait tarifés à un droit proportionnel déterminé, payeront à

l'enregistrement ce droit augmenté de 1 1/2, en sorte que l'acte tarifé à 3 p. 100 en payera désormais 4 1/2, l'acte tarifé à 4 p. 100 en payera 5 1/2 et ainsi de suite ; que de tout ce qui précède il résulte qu'il s'agit dans l'espèce, non pas d'un droit à percevoir par application de la loi du 21 ventôse an VII sur la transcription du procès-verbal d'adjudication du 16 mai 1850, mais d'une augmentation de droit d'enregistrement établie par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 ; — Attendu dès lors que la liquidation de ce droit supplémentaire ne peut pas avoir d'autres bases que celles du droit qu'il complète et auquel il accède, et que lorsque la loi de frimaire, en tarifant *les parts et portions acquises par licitation*, a clairement manifesté par l'expression dont elle se sert l'idée, incontestable d'ailleurs et incontestée, que ce qu'elle tarife dans la licitation ce n'est pas la licitation elle-même, mais ce qui vient s'adjoindre, par l'effet de l'adjudication, à la part indivise que possédait l'adjudicataire dans l'immeuble commun, il répugne à la raison d'admettre que le droit complémentaire ajouté par la loi du 28 avril 1816, et qui désormais ne fait plus qu'un avec celui qu'avait établi la loi du 22 frimaire an VII, frappe la licitation elle-même et atteigne l'intégralité du prix de l'immeuble licité... »

La Cour de cassation, qui a constamment rattaché cette question de liquidation à la loi du 21 ventôse an VII sur l'organisation de la conservation des hypothèques, consentira-t-elle à se placer sur ce terrain de l'abrogation de cette loi par celle du 28 avril 1816? Telle est la question que nous nous proposions en terminant la dissertation à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure. Voici une espèce dans laquelle la Cour fait en quelque sorte pressentir sa réponse.

6. — (Req. 17 nov. 1851 ; *Devill. et Car.*, 51, 1, 780.) — On sait que par une dérogation considérable aux règles sur le droit d'enregistrement qui faisaient résulter une cause de variation du droit proportionnel de la nature des choses transmises, la loi des finances du 18 mai 1850 ne laisse plus subsister cette cause de variation que dans les *transmissions entre-vifs à titre onéreux*. Aujourd'hui, et par l'effet de cette loi, les dispositions *gratuites* qui ont des meubles pour objet subissent le même droit

que les dispositions gratuites qui ont pour objet des immeubles. L'article 10 de la loi précitée est précis à cet égard ; il dispose que « les transmissions de biens meubles à titre gratuit entre-vifs, et celles qui s'effectuent par décès, sont assujetties aux diverses quotités de droit établies pour les transmissions d'immeubles de la même espèce. »

D'un autre côté, on sait que dans le tarif des donations immobilières dont la quotité varie en raison du degré de parenté existant entre le donateur et le donataire, et s'élève au taux le plus élevé dans le cas où la donation intervient entre étrangers, la loi du 21 avril 1832 a fondu dans un même droit, pour les donations faites à des collatéraux ou à des étrangers, et le droit de transcription résultant de la loi du 21 ventôse an VII, et celui d'enregistrement établi par la loi du 22 frimaire an VII et autres lois subséquentes, de même que la loi du 28 avril 1816 avait fondu, à notre avis du moins, dans un droit unique, celui de transcription et celui d'enregistrement établis sur les ventes d'immeubles et sur les autres actes de nature à être transcrits.

Question de savoir maintenant si les donations de meubles assujetties désormais au même droit d'enregistrement que les donations immobilières, ne doivent pas du moins être affranchies de cette portion du droit qui s'applique à la formalité de la transcription, laquelle ne doit pas avoir lieu pour les transmissions de meubles ? L'arrêt du 17 novembre 1851 a statué sur cette question.

Dans l'espèce, un contrat de mariage portait en même temps donation au futur époux, par son oncle et par sa tante par alliance, d'une somme de 100,000 francs imputable par moitié sur les biens de chacun des donateurs. Soumis à l'enregistrement, cet acte reçut l'application de la loi de finances du 18 mai 1850 ; en conséquence le receveur, prenant pour base le tarif des mutations immobilières, perçut le droit à raison de 4 fr. 50 c. pour 100 sur les 50,000 fr. donnés par l'oncle du futur, et de 6 fr. pour 100 sur les 50,000 fr. donnés par la tante par alliance. Le donataire a réclamé contre cette perception : il a soutenu que, dans le droit de 4 fr. 50 c. et de 6 fr. établi par la loi du 21 août 1832, est compris le droit de transcription à 1 1/2 pour

100; que les transmissions de meubles n'étant pas soumises à la transcription, il y avait lieu de réduire le droit perçu de 4 fr. 50 c. à 3 fr., et de 6 fr. à 4 fr. 50 c.

La prétention a été rejetée. Le tribunal de la Seine, par jugement du 26 mars 1851 (*V.* ce jugement dans le Rec. de M. Dalloz, 51, 3, 71), et après lui la Cour de cassation, ont décidé, avec toute raison, que l'article 10 de la loi du 18 mai 1850 doit être entendu en ce sens que, pour les donations mobilières en ligne collatérale ou entre étrangers, le droit immobilier est dû intégralement, sans déduction de 1 fr. 50 c. pour la transcription à laquelle ne sont pas sujettes les transmissions de biens meubles.

Et pourquoi en a-t-il été décidé ainsi? Parce que, dit la Cour de cassation dont les motifs résument ceux du tribunal de première instance, « dans l'esprit de la loi du 18 mai 1850, il y a assimilation complète, quant à la quotité du droit d'enregistrement, entre les biens meubles transmis à titre gratuit et les biens immeubles; *que ce droit est celui fixé par la loi du 28 avril 1816, dont les articles 52 et 54 ont établi une taxe unique et incomplexe, comprenant dans un seul chiffre de 5 1/2 pour 100 les deux droits de vente d'immeuble et de transcription, précédemment perçus en vertu de deux dispositions distinctes et désormais confondues;* et que, pour l'avoir décidé ainsi, le jugement n'a fait qu'une juste application des lois invoquées. »

Nous n'avons pas dit autre chose à l'occasion de la difficulté sur laquelle est intervenu le jugement dont les motifs sont reproduits dans le numéro qui précède. La Cour de cassation, en entrant dans cette voie à propos d'une difficulté différente, a posé les bases d'un principe dont elle généralisera les déductions. Vienne donc encore une fois la question relative au droit de transcription sur les parts acquises par licitation, et sans doute qu'après avoir admis la fusion, en un seul droit, de celui d'enregistrement et de celui de transcription dans un cas où leur séparation aurait affaibli la recette du trésor, la Cour de cassation ne voudra pas les déclarer séparés et distincts dans un autre cas où leur réunion aurait pour résultat de surélever la perception.

PAUL PONT.

DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS PAR L'ADOPTION.

Observations sur un récent arrêt de la chambre des requêtes.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I. — 1. C'est une grave et importante question que celle de savoir si l'adoption emporte, comme la naissance d'un enfant légitime, la révocation des donations antérieurement faites par l'adoptant; et il est profondément regrettable que la chambre des requêtes de la Cour de cassation, devant laquelle cette question se présentait naguère pour la première fois, n'ait pas cru devoir accorder à un point de droit si délicat les honneurs d'un débat contradictoire devant la chambre civile. La chambre des requêtes, par arrêt du 2 février 1852 (Dall., 1852, 2, 33), a refusé l'admission du pourvoi, en décidant la question négativement, comme l'avait fait la Cour d'appel de Rouen.

2. Or il est vrai que tous les auteurs moins un seul, M. Favard de Langlade, professent sur ce point la doctrine admise par l'arrêt, doctrine que nous-même avions suivie dans les quatre premières éditions de notre *Explication du Code Napoléon*. Mais nous n'en pensons pas moins que cette doctrine est inexacte, que la réfutation que nous en avons donnée dans notre 5e édition (t. IV, art. 960) et dans une consultation délibérée à l'appui du pourvoi que rejette l'arrêt du 2 février, repose sur des bases vraies, et que tôt ou tard la Cour suprême ne saurait manquer de répudier la solution que la chambre des requêtes s'est, selon nous, trop empressée d'accueillir. Il arrivera sur ce point, nous le croyons, ce qui est arrivé sur tant d'autres questions, jugées d'abord dans un sens par arrêts de rejet de la chambre des requêtes, et jugées bientôt après en sens contraire par la chambre civile, dès qu'elles ont pu se produire devant elle.

C'est ainsi qu'en 1837 la chambre des requêtes, pour rejeter le pourvoi formé contre un arrêt de Lyon, déclarait licite, contrairement, selon nous, à la pensée bien manifeste de la loi, le

louage partiel des mines; et quelques années plus tard, la chambre civile s'étant trouvée saisie de la question malgré la chambre des requêtes (celle-ci n'ayant admis le pourvoi que pour un autre moyen), jugeait ce louage contraire à la loi par deux arrêts de cassation de 1844 et 1845 [1]. C'est ainsi encore qu'en 1845 la chambre des requêtes, par arrêt du 4 février, décidait que le délai de la prescription, dans l'action en rescision des partages d'ascendants, court du jour même de la donation, non du jour du décès, tandis que, bientôt après, la chambre civile, et avec raison, jugeait la question en sens contraire par trois arrêts des 30 juin 1847, 2 août 1848 et 16 juillet 1849 [2].

II. — 3. Les motifs sur lesquels se fonde l'arrêt du 2 février pour refuser à l'adoption l'effet révocatoire de l'article 960, se résument ainsi :

« 1° On ne peut pas attribuer, par voie de conséquence nécessaire, à l'enfant adoptif les droits conférés par la loi à l'enfant légitime, puisque l'adoption n'est passée du droit romain dans notre Code qu'appropriée à l'état de la famille en France, et en faisant à l'un de ces enfants une position différente de celle de l'autre.

» 2° L'irrévocabilité des donations entre-vifs étant un principe fondamental de notre droit, l'article 960, en dérogeant à ce principe, constitue donc une disposition d'exception, qui dès lors ne peut s'étendre au delà de ses termes; or cette exception n'est écrite que pour le fait naturel d'une survenance d'enfant, ce qui ne peut pas s'entendre d'un cas d'adoption; et cette exception, en effet, ne devait pas être étendue à l'adopté, puisqu'elle est introduite en faveur des enfants, et fondée sur les sentiments naturels de paternité que l'adoption ne fait pas naître.

[1-2] Req. 20 déc. 1837; Civ. 4 janv. 1844; Civ. 26 nov. 1845 (Dev., 38, 1, 91; 44, 1, 723; 46, 1, 240). — Req. 4 févr. 1845; Civ. 30 juin 1847; Civ. 2 août 1848; Civ. 16 juill. 1849 (Dall., 45, 1, 49; Dev., 45, 1, 305; 47, 1, 481; 49, 1, 258 et 622; *Pal.*, 45, 2, 396; 48, 2, 185).

Que penser, en présence de ces faits, auxquels on en pourrait ajouter bien d'autres, de cette assertion de M. Troplong, que « quand on parle d'opposition » entre les deux chambres des requêtes et civile, *on ne sait ce qu'on dit?* .. » (*Contr. de mar.*, t. IV, p. 459.) On peut voir, au surplus, à ce sujet et sur la manière de juger fort différente des deux sections de la Cour suprême, ce que nous avons dit plus haut dans cette *Revue* (t. I, p. 458-460, et t. II, p. 67).

» 3° L'adoption, quoique soumise à certaines conditions et solennités, n'est en définitive qu'un contrat consensuel, et elle diffère dès lors profondément des faits naturels de conception et de naissance qui, sans être étrangers à la volonté de l'homme, n'obéissent pas en tout du moins à cette volonté.

» 4° Enfin, s'il est vrai que l'enfant adoptif jouit, comme l'enfant du sang, du droit de réserve et de réduction, c'est qu'il ne s'agit là que d'un droit successoral, formellement accordé à l'adopté par l'article 350. »

Tels sont les motifs de l'arrêt, motifs qui, si nous ne nous trompons, tendent à répondre, mais ne répondent pas, aux observations que nous avions eu l'honneur de soumettre à la chambre des requêtes dans notre consultation à l'appui du pourvoi. Nous reproduisons ici ces observations, et nous les ferons suivre d'un résumé dans lequel nous répondrons succinctement et séparément à chacun des quatre ordres d'idées sur lesquels se fonde cet arrêt, auquel, malgré nos efforts, nous ne pouvons arriver à donner notre assentiment.

III. — 4. Qu'est-ce, en effet, que l'adoption? C'est (par fiction, à la vérité, mais ceci n'importe pas, puisque *idem operatur fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero*) c'est une procréation d'enfant légitime, un acte par lequel je fais devenir mon enfant la personne qui m'était étrangère, un fait du même ordre que les mariages et les naissances, en sorte que le procès-verbal qui le constate n'est rien moins qu'un acte de l'état civil, comme les actes de naissances et de mariages, et devant dès lors s'inscrire sur les mêmes registres (art. 359). Sans doute c'est un contrat, puisqu'un contrat est l'accord de deux volontés, et qu'il faut avant tout cet accord des volontés pour faire la base de l'adoption; mais le mariage aussi est un contrat. L'adoption est un contrat, comme le mariage; mais elle est, comme le mariage, un contrat qui n'appartient pas à la classe des contrats ordinaires, des contrats pécuniaires, des contrats dont s'occupe le livre III du Code civil. C'est un contrat; mais un contrat qui non-seulement ne s'accomplit, à la différence des contrats ordinaires, qu'au moyen de nombreuses conditions indépendantes de la volonté des deux parties, mais auquel doit d'ailleurs s'ajouter

l'intervention de la puissance publique. Comme le mariage, en un mot, c'est avant tout un contrat; mais comme le mariage aussi, c'est de plus un acte de l'autorité (art. 354, 355, 356, 357).....

Comment, en vérité, des auteurs ont-ils pu avoir l'idée de considérer l'adoption comme une convention ordinaire, comme une simple donation? Singulière donation, dont les règles sont placées par le législateur entre le titre *de la paternité et de la filiation* et celui *de la puissance paternelle*, qui crée entre deux familles des empêchements au mariage, qui ne s'accomplit que par un arrêt de Cour souveraine, qui s'inscrit sur les actes de l'état civil, et qui même en droit criminel (art. 299 C. pén.) donne au meurtre de l'adoptant par l'adopté le caractère de parricide!

5. L'adoption, encore une fois, est la génération légale d'un enfant légitime; et cette simple idée, rapprochée, bien entendu, des dispositions par lesquelles le Code a pu en restreindre les conséquences, nous dira quels sont les effets de l'adoption. Puisque l'adopté devient un enfant légitime de l'adoptant, il aura donc, en principe, *les droits et les obligations d'un enfant légitime;* seulement, comme le législateur, en créant lui-même cette filiation purement fictive et qui n'a rien de vrai dans la nature, était bien le maître de limiter l'étendue des effets que cette qualité d'enfant de l'adoptant eût dû produire, on ne devra pas s'étonner de rencontrer dans le Code quelques restrictions à ce principe, et il faut dire, pour avoir une formule exacte, que l'enfant adoptif d'une personne aura les mêmes obligations et les mêmes droits que son enfant légitime, *à l'exception de ceux auxquels un texte légal fait obstacle.*

Or, on trouve, en effet, dans le Code plusieurs restrictions aux conséquences naturelles que l'adoption eût produites dans le silence du législateur, et ce sont ces restrictions qui constituent la différence entre notre adoption française et l'adoption des Romains. — D'une part, comme il est naturellement impossible qu'un homme soit le fils légitime de deux pères, l'adopté, en devenant légalement enfant légitime de l'adoptant, eût dû, dans le silence de la loi, cesser légalement d'être enfant légitime de son précédent père, et ne se fût plus rattaché à celui-ci

que par les liens *naturels*, sans pouvoir invoquer les conséquences *légales* de sa filiation : en acquérant des droits sur les biens de son père adoptif, l'enfant aurait perdu ceux qu'il avait sur les biens de son père naturel. C'était ce que proposait le premier projet de notre titre. « *L'adoption*, disait-il, *fait sortir l'enfant adoptif de sa famille naturelle*, » et cet enfant « *prend le nom de la personne qui l'adopte* » (articles 31 et 32 ; Fenet, t. X, p. 284). Mais le législateur n'a pas voulu qu'il en fût ainsi : il n'a pas voulu que l'adoption, qui doit être un bienfait pour l'adopté, pût jamais lui rien enlever ; et il déclare, en conséquence, que l'adopté *restera dans sa famille naturelle*, qu'*il y conservera tous ses droits*, et que dès lors *le nom de l'adoptant*, au lieu d'être substitué au sien, viendra seulement *s'y ajouter*, pour indiquer que, légalement, l'enfant appartient aux deux familles à la fois (articles 347 et 348). — D'un autre côté, si la qualité d'enfant légitime de l'adoptant avait produit tous ses effets, l'adopté se serait trouvé appelé à succéder à tous les parents, soit ascendants, soit descendants, soit collatéraux, de son père adoptif. Aussi le projet, après avoir déclaré, dans l'article 38, que « l'adoption établit entre l'adoptant et l'adopté les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'entre père et enfant légitime, » ajoutait dans l'article 37 : « l'adopté appartient à la famille de l'adoptant *dans tous les degrés directs et collatéraux* » (Fenet, *ibid.*). Le législateur a proscrit aussi ce résultat ; il n'a pas voulu que les parents de l'adoptant pussent ainsi avoir pour héritier un enfant qui ne serait appelé à leur succession, ni par le lien du sang, ni par leur choix personnel ; et il a soin de déclarer que l'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (article 350). — Enfin, dans un autre ordre d'idées et pour les empêchements à mariage, tandis que le silence du législateur à cet égard eût conduit à décider que la parenté purement légale produirait les mêmes empêchements que la parenté véritable, le législateur, ne voulant pas donner, sous ce rapport, à la parenté d'adoption, la même énergie qu'à la parenté réelle, mais ne voulant pas non plus, cependant, que, même dans cet ordre de faits, elle soit inefficace, lui fait produire les empêchements à mariage pour une

partie seulement, mais pour une grande partie des parents et alliés auxquels la parenté ou l'alliance réelle eût rendu le mariage impossible (articles 348 et 161-163).

IV. — 6. Ainsi, même dans l'ordre moral, l'adoption, sans avoir la même énergie que la génération d'un enfant en mariage, produit cependant des effets fort étendus; et quant aux droits pécuniaires, la loi n'apporte au principe que l'adopté devient légalement l'enfant légitime de l'adoptant, que ces deux restrictions : 1° que cet adopté conservera tous ses droits dans sa famille naturelle; 2° qu'il n'en acquerra aucun sur les biens des divers parents de l'adoptant. Or, ne résulte-t-il pas de là que, quant aux biens de cet adoptant lui-même, l'adopté jouira complétement et absolument des droits que lui donne sa qualité d'enfant légitime? Comment! le législateur va jusqu'à donner à cette qualité d'enfant, et dans des limites fort larges, la force de créer l'empêchement au mariage; il entend si bien que les conséquences logiques de l'adoption seraient, s'il ne les restreignait pas, celles d'une naissance en mariage, et que l'adopté, dès lors, si on ne s'en expliquait pas, perdrait tous droits aux biens de ses parents du sang, et en acquerrait au contraire sur les biens de tous les parents de l'adoptant; il l'entend si bien, disons-nous, qu'il a soin d'écrire deux textes formels pour empêcher ce double résultat; et on prétendrait que cet adopté n'aura pas ces droits d'enfant, pleins et entiers, sur les biens du père adoptif! Quand il a fallu une disposition formelle pour enlever à l'adopté les droits que sa qualité d'enfant légitime de l'adoptant lui eût donnés sur les biens *des parents* de cet adoptant, comment ne pas lui reconnaître tous ces droits d'enfant légitime de l'adoptant sur les biens *de l'adoptant* lui-même?

En résumé, l'adopté, légalement parlant, c'est l'enfant légitime de l'adoptant; — or, tout enfant légitime jouit du droit de voir s'anéantir par sa présence les donations que son auteur a pu faire alors qu'il était sans enfant; — l'adopté jouit donc de ce droit, puisqu'aucun texte ne le lui enlève.

V. — 7. On objecte à ceci que l'article 350, en n'attribuant à l'adopté les droits d'un enfant légitime que *sur la succession* de

l'adoptant, lui refuse par là même tout droit qui n'est pas un droit successif, en sorte que cet article contiendrait précisément le texte restrictif que nous disons ne pas exister. Mais cette objection reçoit deux réponses pour une. Car d'une part, le mot *succession* n'a pas, dans l'article 350, le sens étroit et rigoureux que l'objection lui prête; et, eût-il d'ailleurs ce sens étroit, que la conclusion qu'on en veut tirer n'en serait pas moins inadmissible.

8. Dans le sens restreint, on entend par droit de succession ou de successibilité le simple droit de prendre les biens qu'une personne laisse en mourant sans en avoir disposé; mais on entend souvent aussi ces mots dans un sens plus large, en y comprenant, avec le droit de prendre la succession, ceux qui tendent à la faire composer, à y faire entrer des valeurs qu'elle n'eût pas comprises sans eux. Ainsi, tandis que le droit de successibilité n'est, pour un parent collatéral, rien autre chose que le droit de recueillir la portion de biens que laisse le défunt, si faible que cette portion puisse être par rapport à celle dont le défunt a disposé, ce droit, quand il s'agit d'un ascendant, comprend, au contraire, avec ce premier élément, la faculté de faire rentrer dans le patrimoine les biens qui en sont sortis au delà de certaines limites; et pour l'enfant, enfin, ce droit va plus loin encore, puisque cet enfant a le privilége de faire revenir, par le fait même de sa naissance, tous les biens que son père avait donnés alors qu'il était sans postérité, et de voir ces biens composer de nouveau le patrimoine sur lequel son titre d'héritier devra s'exercer plus tard. Sans doute c'est d'abord au père, et non à l'enfant, que les biens reviennent alors; mais ce n'en est pas moins en considération et pour l'avantage de cet enfant que la loi les fait revenir; c'est pour qu'il trouve pendant la vie du père plus d'aisance dans la maison, et après sa mort, une succession plus considérable. Cela étant, ce privilége se trouve donc être, sous un rapport, et sous un rapport fort important, un droit relatif à la succession; et comme l'adopté, d'après notre article 350, a, pour ce qui concerne la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'un enfant né en mariage, le premier jouira donc comme le second du privilége

dont il s'agit; en sorte que, loin d'être contraire à notre solution, l'article 350 en devient un appui.

9. Mais quand même cet article 350, en proclamant pour l'enfant adoptif ses droits *sur la succession* de l'adoptant, n'aurait entendu ces mots que dans leur sens restreint, c'est-à-dire dans le sens de la simple faculté de prendre la portion telle quelle de biens que le défunt laisse en mourant, est-ce qu'il s'ensuivrait, comme on le prétend, que ce droit serait le seul qui appartînt à l'enfant? Pas le moins du monde, puisque l'article, dans cette partie de sa disposition, est purement énonciatif et affirmatif, sans présenter rien de négatif ni de restrictif. L'article, en effet, ne nous dit pas, ni par son texte, ni par son esprit, que, vis-à-vis de l'adoptant, l'enfant adoptif *ne* jouira *que* du droit de succession; bien loin de là : au lieu de se présenter ainsi comme une négation ou une restriction, sinon expresse, au moins intentionnelle, cette idée du droit de successibilité vient au contraire comme opposition à une restriction, comme contraste à une négation émise sur un autre point. Voici les deux idées que contient l'article : 1° l'enfant adoptif n'aura pas les droits de successibilité vis-à-vis des parents de l'adoptant; 2° mais vis-à-vis de cet adoptant, il les aura pleins, entiers, aussi pleins et aussi entiers que l'enfant du mariage, et ce quand même cet enfant du mariage viendrait à exister lui-même! Est-ce qu'il y a là, dans cette seconde partie de l'article, l'ombre d'une négation, la plus petite apparence d'une idée restrictive? est-ce qu'on n'y trouve pas, au contraire, sinon dans l'expression, du moins dans la pensée, la reconnaissance du droit le plus large? Vis-à-vis *des parents* de l'adoptant, *rien;* mais vis-à-vis *de l'adoptant*, au contraire, *tout :* tout ce qu'aurait l'enfant du mariage! telle est la double idée que présente le contraste des deux phrases de l'article; en sorte qu'ici encore le texte de la loi se retourne contre l'opinion que nous repoussons.

10. L'article 350, disons-nous, se retourne contre la doctrine opposée, et nous insisterons bientôt sur ce point. Mais en attendant, mettons bien en évidence ce fait : que l'objection qu'on en tire, objection qui nous avait séduit nous-même jusqu'ici, et qui est en effet la seule sérieuse, n'a cependant aucune valeur réelle.

Supposons donc, pour entrer aussi avant que possible dans la manière de voir des adversaires, et pour nous placer absolument à leur point de vue, que cet article 350 ne fait aucune espèce d'allusion aux droits de successibilité entendus *lato sensu*, et qu'il n'entend parler, strictement et rigoureusement, que du seul et unique droit de prendre les biens existants au décès, et dont le défunt n'a pas disposé. Quelle sera, dans ce cas, la signification de l'article? elle sera celle-ci : « Le droit de prendre, en vertu de la vocation légale et d'après les règles écrites au titre des successions, les biens laissés libres par le défunt, n'appartiendra point à l'adopté vis-à-vis des parents de l'adoptant; mais il lui appartiendra, bien entendu, vis-à-vis de cet adoptant. » Or, s'il est vrai qu'il n'y aurait rien à conclure d'une telle disposition *pour* l'existence, au profit de l'adopté, des droits accessoires qui viennent s'ajouter, selon les cas, au droit de succession proprement dit, il est bien évident aussi qu'il n'y aurait rien, et absolument rien, à en conclure *contre* cette existence. Tout ce qui résulterait de cet article, ainsi interprété dans le sens des adversaires, c'est qu'il ne s'occuperait ni explicitement ni implicitement de ces droits accessoires, et les passerait complétement sous silence. Mais puisqu'il en est ainsi, puisque l'article n'arriverait qu'à être entièrement muet sur le droit qui nous occupe, l'objection qui prétend y trouver la négation de ce droit disparaît donc.

L'objection tombe; et comme le texte restrictif qui ne se trouve pas dans cet article ne se trouve non plus nulle part ailleurs, notre conclusion de l'effet révocatoire de l'adoption reste ainsi intacte.

Il ne faut pas, en effet, perdre de vue notre point de départ; il ne faut pas oublier que, légalement, l'adopté est l'enfant légitime de l'adoptant; qu'il faut dès lors lui appliquer toutes celles des conséquences juridiques de cette qualité auxquelles une disposition spéciale de la loi ne fait pas obstacle, et que, de même que l'adopté n'aurait plus ses droits légaux dans sa famille naturelle si l'art. 348 ne les lui conservait pas, et qu'il aurait, au contraire, les droits de successibilité vis-à-vis des parents de l'adoptant si l'article 350 ne les lui refusait pas, de même il aura, pour ce qui est des biens de cet adoptant, tous les droits de l'enfant

né en mariage, et notamment celui de révoquer par sa présence les donations faites par son père adoptif, puisque ce droit ne lui est refusé par aucune disposition du Code.

VI. — 11. Nous avons dit que non-seulement la disposition de l'article 350, pas plus qu'aucune autre du titre de l'adoption, ne contient ni explicitement ni implicitement la négation du droit, pour l'enfant adoptif, de voir révoquer par son adoption les donations antérieurement faites par l'adoptant, mais que le contexte de cet article et des autres articles du titre révèle même la pensée du législateur de consacrer pour l'adopté ce droit de révocation, en lui donnant, quant à l'adoptant, tous les droits de successibilité *latissimo sensu*, c'est-à-dire tous les avantages et priviléges qui, sans constituer le droit de succession proprement dit, se rattachent à lui comme des accessoires tendant à le rendre plus sûr ou plus considérable, *tous les droits*, en un mot, *qui appartiennent à l'enfant du mariage* quant au patrimoine de son père. Revenons à cette idée, et faisons voir que si elle est difficile à saisir pour qui se contente des seuls textes du Code, elle devient au contraire bien manifeste, bien saillante, par l'examen des travaux préparatoires.

12. On sait que le titre de l'adoption, tel qu'il existe au Code, n'a été admis qu'après le rejet d'un projet tout différent, des débris duquel il s'est formé. Ce projet primitif était la reproduction complète de l'adoption romaine, la consécration entière et absolue de la fiction qui fait considérer l'adopté comme engendré par l'adoptant. Ainsi, non-seulement l'adopté y jouissait de tous les droits d'enfant légitime envers l'adoptant, mais il avait de même tous les droits de parent légitime envers les parents de cet adoptant, et réciproquement l'adoptant et tous ses parents avaient, à l'égard de l'adopté, tous les droits de père et parents légitimes. D'après le même principe, l'adopté devenait légalement étranger à ses père, mère et autres parents naturels, sauf le droit aux aliments entre ascendants et descendants. L'adoption, au surplus, ne pouvait être prononcée que par le Corps législatif. (Fenet, t. X, p. 284 et 332.)

Mais ce projet, dont les diverses dispositions furent longuement discutées et successivement admises par le Conseil d'État,

excita tant de répulsions et parut si peu conforme à nos mœurs françaises, que le Conseil sentit la nécessité d'y renoncer et d'en sacrifier une grande partie pour sauver au moins le principe. Or il est important pour notre question de voir quelle partie fut critiquée et rejetée, quelle autre fut conservée.

Voici ce qui fut dit à cet égard : « L'introduction de l'enfant » adoptif dans la famille de l'adoptant, en rendant parents du » premier tous les parents du second sans leur consentement, » s'accommoderait difficilement avec nos mœurs : la fiction, éten- » due au delà des personnes qui contractent, est poussée trop » loin. — Un reproche non moins grave contre l'adoption a paru » exister dans la forme même qu'on veut lui donner..... Quelle » est l'autorité qui ordonnera les rectifications des actes de l'état » civil? l'autorité judiciaire. Quelle est l'autorité qui admettra le » divorce, lequel est, comme l'adoption, un changement d'état? » ce sera encore l'autorité judiciaire. Pourquoi donc ne pas ren- » dre aussi les tribunaux juges de l'adoption? S'il est vrai que » ce recours au pouvoir législatif n'établisse pas d'inégalité de » droit, vu qu'il est accordé à tous, peut-on contester qu'il n'en » résulte une véritable inégalité de fait? Les hommes riches ou » en crédit ne seront point arrêtés par ces difficultés; mais l'a- » doption n'existera que de nom pour la nombreuse classe des » habitants de la campagne et des artisans. » (Fenet, t. X, p. 363-364.)

Ainsi, ce qu'on reprochait au projet, c'était, dans sa forme, de remettre au pouvoir législatif le soin de prononcer l'adoption, au lieu de le confier aux tribunaux; et, dans ses effets, c'est-à-dire sous le rapport qui nous occupe ici, de transporter complétement l'adopté d'une famille dans l'autre en le faisant devenir étranger aux membres de la première et parent de tous les membres de la seconde, et de consacrer ainsi la fiction de procréation légitime d'une manière absolue, au lieu de la restreindre entre les deux personnes qui contractent. Ce qu'on voulait, c'était que l'adoption, plus facile, d'une part, à obtenir que ne la faisait le premier projet, ne produisît d'ailleurs la fiction de génération légitime et ses effets qu'au profit de l'adopté vis-à-vis de l'adoptant. C'était là tout ce qu'on demandait, et

tout ce qui fut fait. Or cette circonstance historique jette un nouveau jour sur notre question et de deux manières à la fois.

13. Elle l'éclaire d'abord en indiquant les motifs qu'a eus le législateur de choisir le mode de rédaction qu'il emploie pour régler les effets de l'adoption. Ce mode, si on ne le considérait qu'en lui-même, serait assez étrange, puisque le législateur y procède par négation autant et plus que par affirmation, en nous disant quels effets l'adoption ne produira pas, au lieu de nous dire seulement quels effets elle produira, et en signalant les faits anciens qu'elle ne détruira pas, au lieu de signaler tout simplement les faits nouveaux qu'elle créera. Mais ce mode s'explique parfaitement et se justifie pleinement, quand on regarde les circonstances historiques, anciennes et nouvelles, sous l'influence desquelles il fut adopté. D'une part, en effet, l'adoption se présentait nécessairement à l'esprit telle que l'avaient conçue et pratiquée les Romains, c'est-à-dire comme une génération, purement fictive et légale, il est vrai, mais complète et absolue, de l'adopté par l'adoptant, opérant dès lors pour cet adopté sa sortie d'une famille et son entrée dans une autre, avec toutes les conséquences ultérieures de ce grand fait. D'autre part, ce fait et ces conséquences venaient encore d'être signalés comme résultat nécessaire de l'adoption dans les explications réitérées et persistantes du Conseil d'État : on avait répété à satiété pendant toute une année et dans quatre rédactions consécutives, depuis la séance du 6 frimaire an X jusqu'à celle du 27 brumaire an XI, que *l'adoption fait sortir l'enfant adoptif de sa famille naturelle*, que *cet enfant n'appartient plus qu'à la famille de l'adoptant*, qu'*il prend le nom de cet adoptant*, que non-seulement *l'adoption transporte à la personne qui adopte la qualité de père ou mère légitime, et établit entre l'adoptant et l'enfant adoptif les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'entre père et enfant légitime*, mais encore qu'*elle fait appartenir cet enfant à la nouvelle famille dans tous les degrés directs et collatéraux*. Et quand, une fois, un membre du Conseil se hasarde à dire que c'est peut-être aller bien loin que d'admettre la fiction d'une manière aussi rigoureuse et absolue, et d'enlever ainsi au père naturel, au véritable père, *le droit même de surveiller son*

enfant et de réprimer ses dérèglements, on lui répond nettement que les principes ne le permettent pas, que *ce père naturel n'a plus aucune espèce de droits*, pas plus le droit de surveillance qu'aucun autre, *puisque l'enfant a changé de famille.* Et ces propositions sont formulées dans quatre projets successifs, qui varient et diffèrent entre eux quant aux conditions ou formalités de l'adoption, mais sans varier jamais pour ses effets, parce que ces effets sont indiqués par la nature même des choses. (Fenet, p. 251, 284, 322, 332, 362.)

Cette triple influence de la nature même de l'adoption, des traditions romaines et des récentes explications et résolutions du Conseil d'État, imposait triplement au législateur la nécessité de procéder comme il l'a fait; car l'idée d'adoption entraînant si énergiquement dans les esprits toutes les conséquences de la qualité, pour l'adopté, d'enfant légitime de l'adoptant, il fallait donc préciser nettement celles de ces conséquences que l'on entendait écarter tout en admettant leur principe. Voilà comment le Code, au lieu d'indiquer tout simplement les effets que l'adoption produira, indique si bien ceux qu'elle ne produira pas; comment, au lieu de signaler seulement les faits nouveaux qu'elle fera naître, il signale tous les faits anciens qu'elle laissera subsister, quoique rigoureusement elle dût les détruire : voilà pourquoi le texte nous explique que l'adopté restera dans sa famille naturelle (art. 348), qu'il y conservera ses droits légaux (*ibid.*), qu'il ajoutera seulement le nom de l'adoptant au sien sans perdre celui-ci (art. 347), qu'il n'aura aucun droit de successibilité envers les parents de l'adoptant (art. 350), que ces mêmes parents n'en auront réciproquement aucun vis-à-vis de lui, hormis pour les biens donnés par l'adoptant (art. 351), et que l'adoptant lui-même n'en aura pas davantage (art. 352).

Mais si ces circonstances expliquent et justifient la rédaction du Code, elles prouvent en même temps et par là même la thèse que nous soutenons. Car du moment que le législateur a si bien senti la nécessité d'exprimer nettement celles des conséquences naturelles et traditionnelles de l'adoption qu'il entendait exclure de son système nouveau, du moment qu'il a si bien compris que celles dont il ne formulerait pas le retranchement existeraient

par cela même, il est donc certain qu'il a entendu conserver à l'adopté l'intégralité des droits de l'enfant né en mariage, puisqu'il n'a écrit aucun texte qui lui enlève ces droits.

14. Le passage des travaux préparatoires que nous avons rapporté plus haut conduit encore par une autre voie à cette même conclusion. On a vu, en effet, que le reproche qu'on adressait au système primitif, c'était de *pousser trop loin* LA FICTION, en l'étendant *au delà des personnes qui contractent*. On entendait donc, pour ce qui est de l'adopté envers l'adoptant, maintenir cette fiction; on entendait conserver, dans cette limite restreinte, la règle légale que l'adoption est une génération légitime, et l'adopté un enfant légitime de l'adoptant. Cela étant, il reste donc certain que l'enfant adopté aura, ni plus ni moins, tous les droits de l'enfant né en mariage; il reste certain que l'article 350, en parlant des droits de succession, entend ces mots *lato sensu* et comme embrassant tous les droits d'un enfant légitime, tous les avantages tendant à rendre pour lui l'hérédité du père plus sûre ou plus considérable.

Enfin, ce qui complète cette preuve et jette un dernier jour sur cette vérité, c'est que, dans l'exposé même des motifs devant le Corps législatif, le commissaire du gouvernement, après avoir proclamé de nouveau que *l'adoption des Romains ne convenait point à nos mœurs*, qu'elle ne doit point *rompre les liens de la famille entre l'adopté et ses parents*, mais seulement *les établir entre l'adoptant et l'adopté*, sans *atteindre nul autre membre de la famille* (ce qui nous ramène toujours à cette règle que l'enfant adoptif n'aura que par rapport à l'adoptant, mais aura, par rapport à lui, tous les droits dont l'enfant né en mariage jouirait), donne pour commentaire officiel à la partie de l'article 350 qui nous occupe ici, cette phrase, qui est précisément l'objet de notre démonstration : « Le projet accorde à l'adopté, vis-à-vis de l'adoptant, *tous les droits d'un enfant légitime.* » (Fenet, p. 422 et 431.)

VII. — 15. La chambre civile, au surplus, qui n'a pas eu jusqu'ici à juger cette question, a donné sur un autre point une solution qui doit logiquement conduire à celle que nous soutenons ici; elle a fait, malgré la doctrine des auteurs, le pre-

mier pas dans cette voie que nous croyons celle de la vérité.

S'il était vrai que l'article 350, au lieu d'être écrit dans un sens large et pour reconnaître à l'adopté tous les droits d'un enfant légitime, fut rédigé dans un sens restreint, et pour ne lui conférer que le droit sur la succession proprement dite de l'adoptant, il s'ensuivrait que l'adopté ne jouirait pas du droit de faire réduire les donations entre-vifs faites par l'adoptant, surtout celles antérieures à l'adoption.

La succession, en effet, dans le sens propre et restreint qui serait, d'après nos adversaires, celui de l'article 350, n'est rien autre chose que les biens que le défunt laisse en mourant, de sorte que les biens donnés entre-vifs n'en font pas partie ; ils en font si peu partie, le privilége accordé à l'enfant légitime de les faire revenir à lui par une réduction des libéralités excessives est si peu un droit de succession proprement dit, les biens que l'action en réduction fait rentrer deviennent si peu biens de cette succession, que d'après l'article 921 les créanciers de la succession ne peuvent ni exercer cette action, ni même en profiter après que l'enfant légitime l'a exercée. La Cour suprême admet si bien cette idée, qu'elle la pousse même trop loin, suivant nous ; selon elle, le droit de l'enfant à une réserve serait si bien un droit extrahéréditaire, un privilége tout spécial attaché à la qualité d'enfant et non au titre d'héritier, que cet enfant pourrait quelquefois avoir cette réserve sans accomplir même la condition d'être héritier : elle va, en effet, jusqu'à décider que l'enfant donataire par présuccession peut garder non-seulement le disponible, mais aussi la réserve, *en renonçant à la succession!* Le droit à la réserve n'est donc pas un droit de succession, mais un privilége particulier inhérent à la qualité d'enfant légitime. Cela étant, s'il était vrai que l'adopté n'a sur les biens de l'adoptant que le simple droit de succession, il n'aurait donc pas le droit de réserve et ne pourrait pas faire réduire les donations faites par l'adoptant ; il ne le pourrait pas surtout pour les donations antérieures à son adoption, puisque les biens étant alors irrévocablement sortis du patrimoine avant l'acte qui lui donne des droits sur ce patrimoine, il ne peut pas même, à défaut de motifs de droit strict, invoquer le moindre motif d'équité

pour faire restreindre ces donations, si considérables qu'elles puissent être.

Aussi la majorité des auteurs a-t-elle professé cette doctrine. Delvincourt (t. I, sur l'art. 350), Chabot (*Quest. transit.*, v° *Adoption*, § 5), Grenier (*Adoption*, n°s 26 et 40), Toullier (t. II, n° 1011), Favard (*Répert.*, v° *Adoption*, sect. 2, § 3, n° 5), Riffé (*Adoption*, p. 82), refusent à l'adopté le droit de réduction ; les uns pour toutes les donations, tous sans exception pour celles de ces donations qui sont antérieures à l'adoption.

Or la Cour de cassation, appelée à juger la question, a nettement condamné cette doctrine par son arrêt du 29 juin 1825 : elle décide, et avec raison, que l'enfant légitime pouvant faire réduire toutes donations, aussi bien celles qui précèdent sa naissance que celles qui lui sont postérieures, l'enfant adoptif peut de même, dès lors, les faire aussi réduire toutes, même celles antérieures à l'adoption.

S'il en est ainsi, c'est donc que l'enfant adoptif n'a pas seulement le droit de succession proprement dit, mais aussi les priviléges attachés à la qualité d'enfant légitime, les droits de succession *lato sensu*, tous les avantages enfin dont jouit l'enfant du sang, et qu'il a par conséquent, puisque celui-ci l'a, l'avantage de voir tomber par sa présence les donations que le père avait faites alors qu'il n'avait pas d'enfant.

16. Quant aux deux dernières objections, qui paraissent avoir contribué puissamment au crédit de la doctrine contraire, elles n'ont cependant rien de concluant quand on les examine de près.

La première consiste à dire que l'article 960 n'attribue l'effet révocatoire qu'à la *survenance d'enfant*, et qu'il est bien impossible d'entendre ces mots du fait tout volontaire d'une adoption.

Or, cette idée est, à la vérité, parfaitement exacte, mais elle ne permet nullement la conclusion qu'on en veut tirer. Il est très-vrai que l'article 960 n'embrasse pas l'enfant adoptif et n'entend parler que de l'enfant légitime proprement dit ; mais qu'importe, si ce que dit pour l'enfant légitime *cet article* 960 est appliqué à l'enfant adoptif *par un autre article*? Sans doute l'article 960 ne crée son privilége que comme *un droit d'enfant*

légitime; mais qu'importe, si l'article 350 attribue à l'adopté *tous les droits d'enfant légitime?* est-ce que les articles 745 et autres pour le droit de succession; 913, 1094, 1098 et autres pour le droit de réserve et de réduction, ne sont pas exclusivement écrits aussi pour l'enfant légitime? n'est-ce pas manifeste, notamment pour le premier, qui appelle l'enfant à succéder à ses père, mère, *aïeuls et aïeules* (ce qui ne peut s'appliquer à l'adopté); et bien mieux encore pour le dernier, qui ne parle que de l'enfant *d'un autre lit*, expression qui n'est pas plus applicable à un adopté que celle de *survenance d'enfant?* or cela empêche-t-il de reconnaître à cet adopté, et le droit de succession, que personne ne lui a jamais contesté, et le droit de réduction, que les auteurs niaient jusqu'à l'arrêt de cassation de 1825, mais que personne ne nie plus depuis cet arrêt?... Sans doute, et le simple droit de succession, et le droit de réduction, et le droit de révocation, ne sont établis dans les articles spéciaux que comme des droits d'enfant légitime; mais qu'importe, encore une fois, alors que tous les droits d'enfant légitime quant aux biens du père sont donnés à l'adopté par une disposition générale?

17. L'autre objection a déjà été signalée au début de ce travail. Elle consiste à dire qu'on ne saurait donner à un acte tout volontaire de la part des parties l'effet d'anéantir les donations antérieures, et qu'un pareil effet se trouve prohibé, tout à la fois, et par l'esprit de justice qui doit régner dans les conventions, et par le grand principe de l'irrévocabilité des libéralités entre-vifs.

Cette idée reçoit trois réponses pour une.

La première, déjà indiquée plus haut, c'est que l'adoption n'est point du tout une simple donation, un contrat pécuniaire, un acte purement volontaire; qu'elle est au contraire un acte de l'état civil, un contrat moral du même ordre que le mariage, comme lui cause de paternité et de filiation, comme lui ne s'accomplissant que par l'intervention de la puissance publique.—La seconde, c'est que si, en fait, l'autorité reconnaissait qu'un projet d'adoption a précisément pour but de faire fraude à la loi, de se soustraire au principe de l'irrévocabilité pour dépouiller

des donataires antérieurs, l'autorité, avertie par les intéressés qui pourront transmettre tous mémoires et observations à ce sujet, sera toujours maîtresse d'empêcher l'accomplissement de ce projet : c'est évident, puisque l'adoption ne s'opère que par l'arrêt par lequel une Cour d'appel, sur les conclusions du ministère public, et après qu'on a pris, dit la loi, tous les renseignements convenables, déclare *qu'il y a lieu à l'adoption*, et que cette Cour est parfaitement maîtresse de déclarer, sans être tenue d'en donner aucun motif, *qu'il n'y a pas lieu à l'adoption* (articles 354-357).—La troisième, c'est que l'objection se trouve condamnée à l'avance par la doctrine, niée jusqu'en 1825, mais incontestée désormais, qui reconnaît à l'enfant adoptif le droit de réduction de ces mêmes donations antérieures à l'adoption.

La réduction, en effet, quant à ces donations antérieures, aura (dans une limite moindre, mais qu'importe pour le principe?) le même effet que la révocation. Ainsi, une personne sans enfants, et à qui son âge avancé ne laissait pas l'espoir d'en obtenir, a doté sa nièce en lui faisant, par contrat de mariage, donation de toute sa fortune en s'en réservant l'usufruit : ne voit-on pas que, par une adoption, le donateur détruirait pour moitié l'effet de cette donation? Et si, au lieu d'adopter une seule personne, il en adoptait jusqu'à trois, n'enlèverait-il pas ainsi à sa nièce et à l'époux de celle-ci les trois quarts de la donation sur laquelle ils avaient compté? Or, le principe de l'irrévocabilité n'existe-t-il pas aussi bien pour cette moitié ou ces trois quarts qu'enlèvera la réduction, que pour la totalité qu'enlèverait la révocation? Aussi est-ce pour ce prétendu obstacle du principe de l'irrévocabilité que la généralité des auteurs qui écrivaient avant 1825, Delvincourt, Grenier, Toullier, Chabot, Favard, Riffé, et depuis encore M. Taulier (t. I, p. 452), ont nié pour l'adopté le droit de réduction des donations antérieures, droit que M. Duranton lui-même (t. III, n° 319) ne trouve nullement fondé, et ne consent à admettre que par respect pour la Cour suprême et par une soumission passive à son arrêt de 1825. Mais, puisque la Cour suprême reconnaît, et avec raison, ce droit de réduction des donations antérieures; puisque la généralité des auteurs qui ont écrit

depuis 1825, notamment MM. Vazeille (article 761, n° 5), Malpel (*Success.*, n° 162), Coin-Delisle (article 913, n° 13), Zachariæ (t. IV, p. 23), Valette (sur Proudhon, t. II, p. 222), Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*), Demolombe (t. VI, n°s 160-162), admettent comme nous, et en la justifiant pleinement, cette réduction des donations antérieures; il faut donc, pour être logique, en admettre aussi la révocation.

Que dit-on, en effet, pour justifier la réduction des donations antérieures et renverser l'obstacle qu'on y croyait voir dans l'irrévocabilité de ces donations? — On dit que l'irrévocabilité ne s'entend que de l'impossibilité pour le donateur d'anéantir en tout ou partie sa donation par sa seule volonté, tandis que l'adoption, loin de s'accomplir par la seule volonté des parties, est opérée par l'autorité publique, qu'elle n'est point une simple convention, mais un acte de l'état civil, un principe de paternité et de filiation, comme le mariage même. Or cette nature de l'adoption n'est-elle donc pas la même quand il s'agit de la révocation? — On dit encore que toute donation faite par une personne qui n'a pas actuellement d'héritiers réservataires est faite sous la condition d'être réduite, en cas de besoin, si des réservataires surviennent au donateur et se trouvent exister à son décès. Or, toute donation faite par une personne qui n'a pas actuellement d'enfant n'est-elle pas faite aussi sous la condition d'être révoquée s'il survient au donateur un enfant? — On dit enfin que les épreuves et les enquêtes dont l'adoption est précédée, ainsi que la sagesse des magistrats et l'omnipotence dont ils sont investis pour admettre ou rejeter l'adoption, remédient suffisamment au danger de concert frauduleux dont on se préoccupe ici. Or n'en est-il pas de même, ici encore, pour la révocation que pour la réduction?

VIII. — 18. Ces développements une fois compris, répondons maintenant plus directement et en deux mots aux quatre ordres d'idées qui constituent les motifs de l'arrêt du 2 février.

1° Sans doute l'adoption romaine n'est entrée dans notre droit que modifiée et amoindrie, soit quant aux droits moraux, soit quant aux droits pécuniaires; et la condition légale de l'enfant adoptif est dès lors différente de celle de l'enfant légitime. Mais

en quoi, quant aux droits pécuniaires (les seuls qui nous occupent ici), a-t-elle été amoindrie? C'est là ce que l'arrêt ne précise pas, ce qu'il fallait cependant préciser, et ce que nous avons précisé dans ce qui précède. Du système romain, proposé par les premiers projets, le dernier projet, c'est-à-dire le titre actuel du Code, a retranché les droits de l'enfant sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350), il a retranché les droits de ceux-ci sur les biens de l'adopté (art. 351), il a retranché les droits de l'adoptant lui-même sur les biens de cet adopté (art. 352); mais il n'a rien retranché des droits de l'enfant sur les biens de l'adoptant, et par conséquent cet enfant a pour ces biens tous les droits des précédents projets, tous les droits naturels et traditionnels de l'adoption, c'est-à-dire, comme le déclare l'exposé même des motifs, *tous les droits de l'enfant légitime.*

2° Il est très-vrai que l'article 960 est une exception au principe d'irrévocabilité des donations, qu'il repose sur des motifs puisés en dehors de l'adoption, et qu'il n'est pas écrit pour l'enfant adoptif. Mais tout ceci est insignifiant, du moment qu'il s'agit là *d'un droit de l'enfant légitime*, et que l'adoption confère à l'adopté *tous les droits de l'enfant légitime.* Les articles 913, 1094, 1098 et autres sont aussi des exceptions au principe d'irrévocabilité, eux aussi reposent sur des principes puisés en dehors de l'adoption, eux aussi ne sont écrits que pour les enfants légitimes : ceci n'empêche pas que le droit édicté par ces articles appartient aussi, quoiqu'on l'ait nié longtemps, à l'enfant adoptif!

3° Le troisième motif a ce double défaut, que non-seulement il ne prouverait rien quand le prétendu fait sur lequel il repose serait vrai, mais que ce fait est d'ailleurs faux. Quand même l'adoption ne serait qu'un traité pécuniaire, qu'une convention privée entièrement soumise à la volonté des parties, ce ne serait nullement une raison pour qu'elle ne produisît pas le droit de révocation de l'article 960, puisqu'elle produit bien le droit de réserve des articles 913, 1094, 1098, qui ne sont écrits aussi que pour les faits naturels de conception et de naissance. Mais le fait est d'ailleurs faux ; car ce n'est certes pas un simple traité, une convention ordinaire, que l'acte qui ne peut s'accomplir que par l'intervention de l'autorité publique, qui s'inscrit sur les registres

de l'état civil (comme les naissances, mariages et décès), dont la réglementation prend rang dans la loi entre le titre *de la filiation* et celui *de la puissance paternelle*, qui produit entre deux familles les empêchements au mariage, et qui donne au meurtre de l'adoptant par l'adopté le caractère de parricide!!!

4° Le dernier motif reçoit également deux réponses pour une. D'une part, en effet, on a vu que les mots *droits de succession* présentent deux sens, l'un restreint et qui ne s'applique qu'aux seuls biens dont le défunt n'a pas disposé, l'autre large et comprenant tous les droits qui tendent à rendre la succession plus considérable par la rentrée, dans le patrimoine, de biens qui en étaient sortis. Si donc l'article 350 ne devait pas s'entendre du droit de succession *lato sensu*, et qu'il fût étranger au droit de révocation, il serait par là même étranger au droit de réduction (lequel est si peu un droit de succession proprement dit, que, d'un côté, les créanciers de la succession ne peuvent pas l'exercer, et que, d'autre part, la Cour suprême va jusqu'à l'accorder à l'enfant renonçant à la succession!). Donc, puisque notre arrêt reconnaît que le droit de réduction est compris dans l'article 350, malgré la dénégation de tant d'auteurs, c'est donc qu'il s'agit bien là du droit de succession *lato sensu*, et que le droit de révocation, dès lors, s'y trouve également soumis. Mais d'ailleurs, quand on admettrait que l'article 350 n'entend parler que du droit propre et restreint de succession, cette idée ne gênerait en rien notre solution, puisqu'elle n'a nul besoin de cet article 350 et qu'elle résulte de ce fait que, l'adoption étant une génération légale d'enfant légitime, elle produit donc tous ceux des effets légaux de cette génération que n'ont pas retranchés les dispositions qui sont venues restreindre et amoindrir la portée naturelle de l'institution.

V. MARCADÉ.

DE LA PRESCRIPTIBILITÉ DES BOIS DE L'ÉTAT.

1° Les grandes masses de bois appartenant à l'État sont-elles prescriptibles?
2° En cas d'affirmative, à partir de quelle époque ont-elles cessé d'être imprescriptibles?

Par M. SERRIGNY,
Professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon.

1. On sait que, sous notre ancienne monarchie, le domaine de la couronne, qui comprenait alors les deux classes de biens que nous désignons aujourd'hui sous les noms de *domaine de l'État* et de *domaine public*, était considéré comme inaliénable et imprescriptible. Les rois de France, qui exerçaient la puissance législative et exécutive, n'avaient cependant pas le pouvoir d'aliéner les biens de leur domaine, sauf les constitutions d'apanage et les aliénations pour les nécessités de la guerre, deux cas dans lesquels le droit de retour était de droit : au premier, par l'extinction de la postérité masculine; au second, par la faculté de rachat perpétuel. (*V.* ord. de février 1566, art. 1er.) — L'inaliénabilité entraînait par conséquent l'imprescriptibilité, d'après la règle *inalienabile, ergo imprescriptibile.*

Ces principes étaient une digue établie contre la pression exercée sur les rois par l'avidité des courtisans, cette plaie funeste des peuples, qui flattent tous les pouvoirs pour les dépouiller. Mais cette digue fut impuissante, et Loyseau nous apprend que tout le domaine de France fut aliéné par la voie des engagements sous faculté de rachat, en moins de trente ans après cette ordonnance (V. *Des offices*, liv. II, chap. 1, n° 44). Et comme les mêmes nécessités qui conduisaient les rois à aliéner, les appauvrissaient encore davantage, eux et leurs successeurs, la faculté de rachat était un droit illusoire qu'ils ne pouvaient point exercer. Quand les courtisans eurent dépouillé la couronne de ses biens, ils lui enlevèrent ses prérogatives par la concession des offices, qui n'était en réalité que l'aliénation des attributs du

pouvoir. C'est ainsi que tous ceux qui possèdent l'autorité sont disposés à escompter l'avenir et à se dépouiller de tout, eux et leurs successeurs, pour enrichir ceux qui savent flatter leurs passions.

2. Les lois de notre première révolution changèrent les principes de notre droit public en ce point comme en beaucoup d'autres; le domaine de la couronne suivit la souveraineté, qui passa des mains du roi à celles de la nation; il devint le *domaine de la nation*, et se divisa en deux branches : *domaine de l'État*, comprenant les biens de nature patrimoniale, que le corps moral de la nation peut posséder comme le pourrait faire un simple particulier; et *domaine public*, composé des biens affectés à l'usage du public. Le trésor public fut séparé du trésor particulier du prince; le prix des domaines nationaux ne devait plus tomber dans les mains du roi pour s'écouler dans celles des courtisans; il n'y avait donc plus de raison de prohiber l'aliénation des biens patrimoniaux de l'État. Les véritables principes de l'économie politique devaient, au contraire, favoriser cette aliénation, par la raison qu'un État est plus riche et plus fort quand les biens compris dans son territoire sont la propriété individuelle des citoyens qui le composent, que lorsqu'ils forment la propriété sociale de l'État tout entier.

3. Il s'est produit, de plus, un phénomène très-singulier, qui subsiste encore aujourd'hui : c'est que le chef de l'État, qui dans l'ordre politique avait moins de pouvoir que les anciens rois de France, qui cumulaient le législatif avec l'exécutif, a pu cependant aliéner d'une manière incommutable, par un simple décret, et sans une intervention spéciale du législateur, les biens du domaine de l'État autres que les bois, pourvu que cette aliénation soit faite aux enchères, tandis que les anciens rois de France n'avaient point cette faculté. Tel est du moins l'état actuel de la jurisprudence administrative et parlementaire. Je n'ignore pas que la légalité de cette pratique a été contestée par des auteurs recommandables; mais l'opinion de ces auteurs me semble condamnée par la loi du 15 mai 1850, art. 2 (Bull., n° 2128), qui, dans mon opinion, confirme implicitement la jurisprudence antérieure, qui laissait le gouvernement maître d'aliéner les biens domaniaux autres que les bois. Ce résultat, qui semble bizarre,

n'offre pas les inconvénients que l'on serait tenté de supposer. Autrefois, les rois avaient un intérêt personnel à aliéner les biens du domaine de la couronne, puisqu'ils en touchaient le prix dont ils disposaient à leur gré; tandis que le chef du pouvoir exécutif n'y a plus d'intérêt personnel, puisque le prix de la vente doit régulièrement tomber dans le trésor public, et qu'il ne peut favoriser l'adjudicataire, puisqu'il ne peut vendre qu'avec concurrence et publicité, c'est-à-dire aux enchères ou au rabais.

4. Pour comprendre ces changements et l'influence qu'ils doivent avoir sur la question de prescriptibilité des grandes forêts nationales, il faut reprendre la série des lois rendues sur la matière. La première loi qui ait autorisé l'aliénation de l'ancien domaine de la couronne est celle du 19 décembre 1789-janvier 1790, art. 10, portant que les domaines de la couronne seront mis en vente jusqu'à concurrence de 400 millions. La loi du 9 mai-21 septembre 1790 dispose : « Art. 1er. *Tous les domaines* » de la couronne, *sans aucune exception*, peuvent, dans les be- » soins de l'État, être vendus et aliénés à titre perpétuel et in- » commutable, en vertu d'un décret spécial des représentants de » la nation, sanctionné par le roi. » — Quelques jours après, une autre loi, du 14-17 du même mois de mai, excepta des biens mis en vente « *les bois*, sur lesquels il sera statué par une » loi particulière » (art. 3).

La loi du 9-25 juillet 1790 maintient la généralité du mandat donné au gouvernement pour l'aliénation des biens nationaux, tout en conservant l'exception faite pour les bois : « Tous les » domaines nationaux autres que ceux dont la jouissance aura » été réservée au roi, et *les forêts*, sur lesquelles il sera statué » par un décret particulier, pourront être aliénés en vertu du » présent décret » (art. 1er). Le décret particulier prévu a été rendu les 6-23 août suivant; il excepte de la vente ordonnée les grandes masses de bois et forêts nationales, c'est-à-dire ceux d'une contenance excédant 100 arpents, sauf à prendre l'avis des administrations du département pour la vente des bois excédant cette contenance [1]. Cette exception a été maintenue par la

[1] C'est sans doute de là qu'est venue l'idée si bizarre, insérée dans l'article 12

loi du 28 octobre-5 novembre 1790, tit. 1er, art. 5. Du reste, cette loi décrète de nouveau que « tous les biens déclarés *natio-* » *naux* seront vendus dès à présent. »

Vient ensuite la loi célèbre du 22 novembre-1er décembre 1790, qui pose les principes fondamentaux de la matière. L'article 8 déclare les domaines nationaux aliénables en vertu d'une loi. Toutefois, « les *grandes masses de bois* et forêts nationales de- » meurent exceptées de la vente et aliénation des biens natio- » naux, *permise ou ordonnée par le présent décret et autres* » *décrets antérieurs* » (art. 12).

Par une conséquence de l'aliénabilité des biens nationaux, l'article 36 dispose que « la prescription aura lieu à l'avenir pour » les domaines nationaux *dont l'aliénation est permise par les* » *décrets de l'Assemblée nationale;* et tous les détenteurs d'une » portion quelconque desdits domaines, qui justifieront en avoir » joui par eux-mêmes ou par leurs auteurs, à titre de propriétaires, publiquement et sans trouble, pendant quarante ans » continuels, à compter du jour de la publication du présent décret, seront à l'abri de toute recherche. »

5. La loi du 2 nivôse an IV, qui ordonne la vente de bois dépendant des domaines nationaux, en excepte ceux d'une contenance de 150 hectares (300 arpents). — La loi du 16 brumaire an V, art. 8, reproduit le mandat de vendre « tous les » domaines nationaux, à l'exception de ceux réservés pour le » service public, *des forêts nationales et bois réservés par les* » *lois rendues à ce sujet*, pour atteindre le montant des fonds » extraordinaires. » (*V.* Bull., n° 839.) C'était confirmer la réserve des bois d'une contenance de 150 hectares.

Cette interdiction d'aliéner les grandes masses de bois se trouve confirmée par l'arrêté du gouvernement du 24 thermidor an IX, portant que l'administration des forêts fera dresser l'état des bois et forêts sous la main de la République, et *non aliénables* aux termes de la loi du 2 nivôse an IV (art. 1er); il ne sera donné aucune mainlevée du séquestre sur les bois et forêts (art. 2); les

de la loi du 9 août 1850, de subordonner la vente des forêts de l'État, jusqu'à concurrence de 50 millions, à l'*adhésion* des conseils généraux; disposition qui a produit le résultat auquel on aurait dû s'attendre.

individus qui, à quelque titre que ce soit, auront des droits à faire valoir pour raison de ces bois et forêts, seront indemnisés (art. 3).

Enfin, la même disposition se trouve implicitement consacrée par le sénatus-consulte du 6 floréal an X, art. 17, qui ordonne la restitution aux émigrés amnistiés de ceux de leurs biens qui étaient encore aux mains de la nation, *autres que les bois et forêts déclarés inaliénables par la loi du 2 nivôse an IV.*

6. Est survenu le Code civil, dont les articles 2226 et 2227 sont ainsi conçus : Art. 2226. « On ne peut prescrire le domaine » des choses qui ne sont point dans le commerce. » — Art. 2227. « L'État, les établissements publics et les communes sont sou- » mis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent » également les opposer. »

Depuis cette époque, plusieurs lois ont successivement autorisé quelques ventes de biens domaniaux : ce sont celles des 23 septembre 1814, 25 mars 1817, 25 mars 1831 et 7 août 1850, ainsi que deux décrets du gouvernement provisoire, du 9 mars 1848, qui n'ont pas reçu d'exécution, et un décret du président, du 17 mars 1852. La loi du 25 mars 1817 porte, art. 143 : « Tous les bois de l'État sont affectés à la caisse d'a- » mortissement, à l'exception de la quantité nécessaire pour for- » mer un revenu net de 4 millions de rente, dont il sera disposé » par le roi pour la dotation des établissements ecclésiastiques[1]. » — Art. 144. « La portion réservée sera prise dans les grands » corps de forêts[2]. » — Art. 145. « La caisse d'amortissement » ne pourra aliéner les bois affectés à sa dotation qu'en vertu » d'une loi. Elle est seulement autorisée à mettre en vente, à » partir de 1818, jusqu'à concurrence de 150,000 hectares de » bois, en se conformant aux formalités établies pour la vente » des propriétés publiques. » — Suivant l'article 147, la propriété des bois de l'État affectés à la caisse d'amortissement a été transportée à cette caisse dès le moment de la promulgation de cette loi.

7. En cet état se présente la double question posée en tête de

[1-2] La réserve faite par ces deux articles n'a pas reçu sa destination ; elle a été abrogée par la loi du 25 mars 1831, art. 2.

cette dissertation : 1° Les bois domaniaux ont-ils cessé d'être imprescriptibles? 2° En cas d'affirmative, à partir de quelle époque? est-ce à dater de la promulgation du Code civil, ou bien de la loi du 25 mars 1817?

Trois opinions se sont formées sur ces questions : les uns soutiennent que les grandes masses de bois sont encore imprescriptibles aujourd'hui; d'autres prétendent que cette imprescriptibilité a cessé à partir de la promulgation du Code civil; d'autres enfin admettent qu'elle n'a cessé qu'à partir de la loi du 25 mars 1817.

8. L'opinion qui me semble la seule juridique, la seule rationelle, est que les bois dont il s'agit, c'est-à-dire les massifs supérieurs à 150 hectares, sont devenus prescriptibles à partir du Code civil. Pour comprendre cette solution, il faut bien se pénétrer de la différence qui existe entre le système adopté par l'ancienne législation, par la loi du 22 novembre-1er décembre 1790, ou par le Code civil.

Sous l'ancienne monarchie, l'imprescriptibilité des bois domaniaux tenait à l'incapacité dans laquelle était placé le monarque, incapacité qu'il ne tenait pas à lui de surmonter, quelle que fût sa volonté. Pour se protéger contre leur propre faiblesse, les rois de France s'étaient déclarés incapables d'aliéner leur domaine, et la garantie de cette incapacité, admise par eux depuis plusieurs siècles, reposait sur l'intérêt et le droit qu'avait le successeur de révoquer les aliénations indûment faites par son prédécesseur.

Le système de la loi du 1er décembre 1790 est tout autre; la capacité de la nation pour aliéner son domaine est proclamée dans le préambule et dans le texte de l'article 8. Seulement, pour des motifs de convenance et d'intérêt, le législateur déclare, dans l'article 12, excepter les grandes masses de bois et forêts nationales de la vente et aliénation *permise ou ordonnée par le présent décret et autres décrets antérieurs.* Cela veut dire, non que les grandes masses de bois ne seront pas aliénables en vertu d'une loi, mais que cette aliénation n'est pas jugée utile quant à présent, et, en conséquence, que le mandat donné au gouvernement pour vendre tous les bois nationaux jusqu'à

concurrence de 400 millions, ne comprend pas les grandes masses de bois. Le motif de cette réserve s'explique de soi; les grandes masses de bois sont, de tous les genres de propriété, ceux qui conviennent le mieux à un État, parce qu'ils sont faciles à administrer et d'un produit certain. Ce qui empêchait en ce moment d'aliéner les grandes masses de bois n'était pas la capacité, mais la volonté; outre que cela ressort du texte, cela est écrit en toutes lettres dans le préambule de la loi : « La faculté » d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside éga- » lement dans la nation; et si, dans des circonstances particu- » lières, elle a voulu en suspendre l'exercice, comme cette loi » suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle » est de plein droit abolie, dès que la nation, légalement repré- » sentée, manifeste une volonté contraire. »

9. La faculté d'aliéner par une loi proclamée en principe dans le décret du 1er décembre 1790, il restait à en déduire les conséquences à l'égard de la prescription des biens domaniaux. Deux opinions pourraient être adoptées en théorie : l'une, consistant à n'ouvrir le cours de la prescription qu'après que serait intervenue la loi spéciale donnant au gouvernement le mandat de vendre certains biens domaniaux; l'autre, qui paraît rendre prescriptibles tous les biens domaniaux susceptibles d'être déclarés aliénables par une autorisation législative, même avant la reddition de la loi spéciale qui aurait accordé cette faculté au pouvoir exécutif. La première opinion, plus favorable à l'État propriétaire, était peut-être moins conforme aux vrais principes du droit et aux intérêts bien entendus de la masse du public.

Quoi qu'il en soit, le premier système a été adopté par l'article 36 de la loi du 1er décembre 1790; cet article, en effet, exige, pour que la prescription puisse courir contre l'État, que l'aliénation des biens domaniaux soit permise par une loi spéciale; c'est seulement à partir de l'autorisation donnée au pouvoir exécutif d'aliéner certains immeubles domaniaux, que la prescription peut commencer à courir, et il faudra, pour qu'elle s'accomplisse, que la possession utile se prolonge pendant quarante ans. On voit que le législateur s'engage timidement dans la voie de la prescriptibilité des biens domaniaux; il est encore

dominé par les réminiscences de l'imprescriptibilité attachée aux biens du domaine de la couronne. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que la cause de cette imprescriptibilité n'est pas la qualité du propriétaire, c'est-à-dire de l'État ou de la nation, puisque la prescription peut courir contre lui aussitôt que l'autorisation d'aliéner a été donnée au gouvernement; ce n'est pas davantage la minorité ou l'incapacité de ce propriétaire, puisque son conseil national, le pouvoir législatif, peut toujours manisfester légalement la volonté d'aliéner; c'est donc uniquement ce fait contingent, à savoir : l'absence actuelle de l'autorisation donnée par le législateur au pouvoir exécutif de procéder à l'aliénation. Donc, toutes les fois que l'autorisation d'aliéner sera donnée, la prescription commencera à courir contre l'État. Voilà le système adopté par les art. 12 et 36 de la loi du 22 novembre-1er décembre 1790.

10. Est-ce là le système suivi par le Code civil? Je ne le suppose pas, bien que la Cour de cassation ait jugé le contraire par deux arrêts du 15 juillet 1850 (*V.* Sir., 50, 1, 658). L'article 2227 se dégage des vieux errements de la loi de 1790. La nation est traitée comme un majeur qui a pleine capacité d'aliéner; l'*État est soumis à la prescription comme les particuliers et peut également l'opposer*. On voit par là que l'État et les particuliers sont mis sur un pied d'égalité sous le rapport de la prescription. Ainsi, plus de différence sous le rapport de la durée de la possession; on pourra prescrire contre l'État par dix ou vingt ans avec titre, et par trente ans sans titre.

Le Code civil consacre-t-il cette autre difference établie par la loi de 1790, et qui consistait à attendre, pour faire courir le délai de la prescription contre l'État, qu'il ait dit : Je mets tels et tels immeubles à la disposition du pouvoir exécutif pour être aliénés? La négative me semble évidente. S'il en était ainsi, il ne serait pas exact de dire que l'État est soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers. Est-ce qu'il est nécessaire, pour que la prescription coure contre un particulier, qu'il ait donné procuration à son intendant de vendre ses immeubles?

Ce n'est pas tout : d'après l'article 8 de la loi du 1er décembre 1790, il faut un décret *formel* du corps législatif pour autoriser

la vente d'un bien domanial. On comprendrait dès lors facilement que l'autorisation générale donnée au gouvernement par des lois rendues à la suite de notre révolution eût cessé d'une manière absolue ; c'est même l'opinion d'auteurs recommandables (*V.* notamment M. Trolley, *Cours de droit administratif*). S'il en était ainsi, il faudrait donc admettre que les biens du domaine de l'État sont imprescriptibles, contrairement à la teneur formelle de l'article 2227 C. civ.? Cela ne serait-il pas essentiellement déraisonnable et contraire au texte de la loi? Et cependant telle est la conséquence inévitable qui ressort de l'opinion qui ne veut pas que les grandes masses de bois soient demeurées imprescriptibles depuis le Code civil.

11. Cette opinion conduit à une conséquence encore plus insoutenable, et qui n'a pas été aperçue par la Cour de cassation ; c'est que l'imprescriptibilité ne porterait plus seulement aujourd'hui sur les grandes masses de bois nationaux, mais sur les parcelles les plus minimes de ces bois ; car il est admis aujourd'hui, sans contestation, qu'une loi spéciale (ou, ce qui est la même chose, qu'un décret ayant force législative) est nécessaire pour vendre les bois de l'État, sans aucune distinction entre ceux d'une contenance supérieure ou inférieure à 150 hectares. Sous ce rapport, il est certain que le mandat général donné au gouvernement pour aliéner les bois au-dessous de 150 hectares est expiré depuis longtemps. On peut disputer sur le point précis auquel a cessé cette autorisation générale ; on peut soutenir que cette époque remonte aux lois des 15 et 16 floréal an X, qui ne mentionnent plus, la première que les *fonds ruraux*, la seconde que les *bâtiments et usines nationaux ;* ce qui paraît exclure les *forêts nationales*. On peut dire qu'elle remonte à la loi du 23 décembre 1814, article 14, qui a jugé nécessaire de donner au gouvernement une autorisation spéciale pour vendre 300,000 hectares de bois de l'État, sans distinction entre les massifs supérieurs ou inférieurs à 150 hectares. Dans tous les cas, il est indubitable qu'une loi spéciale est nécessaire, au moins depuis la loi du 25 mars 1817, portant affectation de *tous* les bois de l'État à la caisse d'amortissement (art. 143), et dont l'article 147 ajoute : « La caisse d'amortissement ne pourra les

» aliéner qu'*en vertu d'une loi.* » Aussi la pratique législative et administrative est-elle conforme à cette opinion, et jamais depuis 1814, si ce n'est depuis l'an X, aliénation de bois domaniaux n'a été faite sans qu'il soit intervenu une loi spéciale ou un acte ayant force législative pour l'autoriser. Donc, pour être conséquent au système de la loi du 1er décembre 1790, art. 36, il faudrait dire, si ce texte est en vigueur, que les bois domaniaux, même d'une contenance inférieure à 150 hectares, sont imprescriptibles; donc le Code civil (art. 2227) a changé le système de la loi de 1790, et rendu prescriptibles les biens de l'État en général, même avant que l'aliénation en soit autorisée par une loi spéciale.

12. Les motifs des arrêts de la Cour de cassation du 17 juillet 1850 sont-ils de nature à détruire ces raisons? Voici à quoi ils se réduisent, si l'on en retranche la citation des textes de lois antérieures au Code, qui exceptaient de l'aliénation les grandes masses de bois :

« Attendu que le Code civil n'a point levé cette interdiction, » ni dérogé aux lois spéciales du domaine et aux principes pro» tecteurs des grandes forêts de l'État; qu'en déclarant, en termes » généraux, dans son article 2227, que l'État était soumis aux » mêmes prescriptions que les particuliers, le Code civil n'avait » en vue que les biens de l'État *aliénables et prescriptibles* » comme ceux des particuliers, et non les domaines que des lois » particulières avaient déclarés, à raison de leur nature, inaliénables, imprescriptibles, hors du commerce, dans le sens des » articles 1598 et 2226 C. civ. »

Je ne sais si je ne me fais illusion, mais je ne trouve pas la plus légère raison juridique dans ce passage. Le Code civil n'a en vue, dans l'article 2227, que les biens de l'État *aliénables.* Mais il s'agit de s'entendre sur le sens de ce mot *aliénables;* cela veut-il dire seulement les biens pour lesquels est intervenue la loi spéciale qui donne au pouvoir exécutif le mandat spécial d'aliéner, ou cela comprend-il également les biens domaniaux, pour lesquels cette autorisation n'est point encore intervenue? Là est le nœud de la difficulté; pour le délier, il faut recourir au sens des mots dans la langue du droit. Or n'est-il pas évident que si l'on

demande à un jurisconsulte, quelque médiocre qu'il soit, si les biens du domaine de l'État sont aliénables, il répondra, sans hésiter, affirmativement, sans s'occuper du point de savoir si la loi spéciale relative à l'autorisation à donner au gouvernement est intervenue ou non ; tout le monde répondra que c'est là une des différences caractéristiques entre le *domaine de l'État* proprement dit et le *domaine public*.

Les arrêts cités ajoutent que l'article 2227 ne s'applique qu'aux biens *prescriptibles ;* cela veut dire, en d'autres termes, que le Code, en déclarant prescriptibles les biens de l'État, aurait simplement décrété que les biens prescriptibles sont soumis à la prescription ; c'est là une naïveté qui n'a pas besoin de réponse.

Enfin le même article ne s'applique point, selon ces arrêts, aux domaines que des lois particulières auraient déclarés, *à raison de leur nature*, *inaliénables*, *imprescriptibles*, *hors du commerce*, *dans le sens des articles* 1598 *et* 2226 *C. civ.*

Il me semble apercevoir dans ces motifs autant d'erreurs que de mots. D'abord ce n'est pas à raison de leur nature, mais tout simplement de leur revenu, que les grandes masses de bois ont été exemptées de l'aliénation par l'article 12 de la loi du 1er décembre 1790. En second lieu, ces bois n'ont pas été déclarés inaliénables et hors du commerce dans le sens des articles 1598 et 2226 C. civ.—Qu'on lise et relise l'article 12, on n'y trouvera que ceci : « Les grandes masses de bois *demeurent exemptées* » de la vente et aliénation permise ou ordonnée *par le présent* » *décret et autres décrets antérieurs.* »

Est-ce à dire, pour cela, que ces bois sont frappés d'inaliénabilité dans le sens des articles 1598 et 2226 C. civ.? Pas le moins du monde ; cela signifie, selon les termes et l'esprit de la loi, que le mandat d'aliéner les biens nationaux, donné au gouvernement *par les décrets antérieurs*, ne s'applique pas aux grandes masses de bois à l'égard desquelles le législateur se réserve d'aviser plus tard, et qui restent sous l'empire de la nécessité d'un *décret postérieur et formel*, conformément à la règle générale écrite en l'article 8 de la même loi. Il n'y a rien de commun entre l'absence de volonté actuelle d'aliéner les

grandes masses de bois, manifestée dans les textes de lois depuis 1790 jusqu'à l'an X, et l'inaliénabilité qui affecte les biens du domaine public auxquels s'appliquent les articles 1598 et 2226 C. civ.; ceux-ci sont des biens hors du commerce, parce qu'ils ont reçu une affectation précise du législateur; il en était de même des biens de l'ancien domaine de la couronne, et plus tard de ceux de l'ancienne liste civile; tous ces biens avaient reçu une consécration qui enlevait la faculté d'aliéner, même au propriétaire, et par suite qui les faisait réputer imprescriptibles.

13. Si l'on admet le raisonnement de la Cour de cassation, il est impossible de ne pas déclarer aujourd'hui imprescriptibles les parcelles minimes de bois domaniaux, puisqu'elles ne sont pas aliénables sans loi spéciale, ni plus ni moins que les grandes masses de ces bois. S'il n'y a point de différence juridique, sous le rapport de l'aliénabilité, entre les bois de l'État au-dessus ou au-dessous de 150 hectares, il est impossible logiquement d'en établir sous le rapport de la prescriptibilité; cela est de toute évidence. Il y aurait même plus de motifs pour rendre imprescriptibles les premiers que les seconds : l'attention des agents forestiers est plutôt portée sur ceux-là que sur ceux-ci; les titres et les plans sont mieux en règle pour une grande masse de bois que pour une petite.

Concluons de ce qui précède que le Code civil a soumis à la prescription les grandes masses de bois domaniaux aussi bien que les petites.

14. Il y a des auteurs et des arrêts qui admettent que, si le Code n'a pas produit cet effet, il doit résulter de la loi du 25 mars 1817 (*V.* en ce sens, Cour de Besançon, 18 août 1847; Sir., 47, 2, 544). Cette solution reposerait sur ce que la loi citée, en affectant les bois de l'État à la caisse d'amortissement, avec faculté de les vendre ensuite, et permettant dès lors l'aliénation de 150,000 hectares, aurait changé le principe de l'aliénabilité absolue de ces bois, et les aurait fait rentrer sous l'empire du principe de l'article 2227 C. civ.

Cette opinion me semble complétement erronée. L'affectation au profit de la caisse d'amortissement n'était, en réalité, qu'une

espèce de nantissement pour rassurer les créanciers de l'État et relever le crédit public. Mais les bois de l'État, à l'exception de 150,000 hectares, ne sont devenus ni plus ni moins aliénables qu'auparavant ; avant 1817, il fallait une loi spéciale, et depuis cette époque, cette condition a été également nécessaire, ainsi que cela résulte de l'article 145 de la loi dont il s'agit : « La » caisse d'amortissement ne pourra aliéner les bois affectés à sa » dotation qu'*en vertu d'une loi*. » Il est évident par ces mots que rien n'a été changé quant à l'inaliénabilité des grandes masses de bois domaniaux, qui ne peuvent s'aliéner qu'en vertu d'une loi, de même qu'elles auraient pu l'être avant cette époque en vertu d'une pareille autorisation législative. Si une mention formelle a été insérée à ce sujet dans la loi de 1817, c'est pour qu'on ne pût pas induire de l'affectation faite à la caisse d'amortissement que celle-ci aurait, de plein droit, la faculté d'aliéner les bois de l'État sans l'intervention du pouvoir législatif. L'article 145 consacre la règle générale pour les bois domaniaux, en réservant l'autorisation législative; il accorde cette autorisation pour 150,000 hectares, de même qu'une pareille autorisation aurait été accordée par la loi du 23 septembre 1814, et l'a été plus tard par les lois des 25 mars 1851 et 7 août 1850. Tout cela n'est que l'expression du droit commun en cette matière.

15. On pourrait bien plutôt argumenter de la loi de 1817 en faveur de l'imprescriptibilité des bois de l'État; aussi est-ce là ce qui a été fait par M. Pryard (V. *Revue du droit français*, t. 1). Il se fonde sur ce que l'affectation faite à la caisse d'amortissement les aurait mis hors du commerce et placés sous l'application de l'article 2226 C. civ. Il aurait pu ajouter que cette loi, en exigeant d'une manière expresse l'intervention du législateur pour aliéner tous les bois de l'État quelconques, a révoqué le mandat que les lois de la première révolution et les lois intermédiaires avaient donné au gouvernement pour aliéner les bois domaniaux d'une contenance inférieure à 150 hectares; que dès lors ces petits massifs de bois se sont trouvés soumis à la même réserve établie en faveur des grands massifs par les lois des 22 novembre - 1er décembre 1790, articles 12 et 36; qu'ainsi l'imprescriptibilité établie pour les uns a dû s'étendre aux

autres, puisqu'ils sont devenus inaliénables sans une loi spéciale.

16. Cette opinion ne me semble pas devoir être admise, bien qu'elle ait quelque chose de plus plausible que la précédente. L'affectation au profit de la caisse d'amortissement n'a été, ainsi que nous l'avons dit plus haut, qu'une espèce de nantissement qui n'a rien changé à la condition des bois domaniaux. D'ailleurs, en admettant, par hypothèse, que ces bois soient devenus la propriété de cette caisse, cela ne les aurait pas rendus imprescriptibles, puisque les biens des établissements publics sont soumis aux mêmes prescriptions que ceux des particuliers (art. 2227 C. civ.). Ces bois ne sont pas devenus plus imprescriptibles que ceux affectés à la banque de France par le décret du 5 juillet 1848 pour la garantir du crédit ouvert par elle au trésor public. Quant à l'objection tirée de la nécessité d'une loi pour l'aliénation des petites masses de bois, je crois que la loi de 1817 n'a pas innové en ce point, et que, l'eût-elle fait, ce ne serait pas une raison pour en induire qu'elles sont devenues imprescriptibles. La réponse à cette objection se trouve dans tout ce qui a été dit plus haut pour prouver que l'article 2227 C. civ. a rendu prescriptibles les grandes masses de bois, nonobstant la nécessité d'une loi spéciale pour en autoriser l'aliénation. Il y a de plus, en faveur de la prescriptibilité des petites masses, cette circonstance qu'elles n'ont jamais été placées sous la réserve de la loi du 1er décembre 1790 et des lois antérieures au Code civil.

D'où il faut conclure que la prescriptibilité continue d'exister, depuis comme avant la loi du 25 mars 1817, pour les petites et pour les grandes masses de bois domaniaux, et que cette loi n'a apporté aucun changement à l'état de choses établi par l'article 2227 C. civ., qui a rendu prescriptibles tous les bois nationaux sans distinction.

SERRIGNY.

DROIT D'ENREGISTREMENT.

La transmission à titre gratuit ou par décès d'une nue propriété est-elle soumise à un droit assis sur *vingt fois* le produit des biens, ou le prix des baux courants, ou bien à un droit assis sur *dix fois* ce même produit?

Par M. DORLENCOURT,
Juge au Tribunal civil de Douai.

L'article 15 de la loi du 22 frimaire an VII est ainsi conçu :

« La valeur de la propriété, de l'usufruit et de la jouissance » des immeubles est déterminée, pour la liquidation et le paye- » ment du droit proportionnel, ainsi qu'il suit.....

» 7° Pour les transmissions de propriété entre-vifs, à titre gra- » tuit, et celles qui s'effectuent par décès, par l'évaluation qui » sera faite et portée à vingt fois le produit des biens, ou le » prix des baux courants, sans distinction des charges.

» Il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit à la propriété, » lorsque le droit d'enregistrement aura été acquitté sur la va- » leur entière de la propriété. »

Comme on le voit, le premier alinéa de ce 7° ne s'explique pas spécialement sur le droit que devra supporter la transmission d'une nue propriété. Aussi l'administration de l'enregistrement n'a-t-elle jamais cessé d'exiger de l'héritier ou du donataire d'une nue propriété le payement du droit sur la valeur entière.

Ce mode de perception, à le supposer légal, est au moins contraire à l'équité, désastreux dans ses résultats, et en opposition formelle avec les principes fondamentaux de la loi de frimaire.

En effet, le titulaire d'une nue propriété pour qui cette dernière n'est en réalité qu'une source de charges diverses, sans la moindre compensation pécuniaire, acquitte le même droit que le plein propriétaire recueillant tous les fruits des biens.

Pour un immeuble qui lui aura été ainsi transmis par son père, et valant 200,000 fr., par exemple, il paye 2,300 fr. S'il meurt avant l'extinction de l'usufruit et qu'un frère lui succède,

celui-ci, assujetti au droit de 6 1/2 pour 100, paye à son tour une somme de 14,300 fr. Les mutations se renouvellent quatre fois en ligne collatérale, l'usufruit durant toujours; encore quatre droits de 14,300 fr. perçus, ce qui porte le total (abstraction faite des autres charges de la nue propriété) à 73,700 fr. versés pour un immeuble dont aucun des contribuables n'aura retiré un centime, et qui aura pu ainsi ruiner une famille entière.

Notez que de son côté la mère, titulaire de l'usufruit, aura versé 1,100 fr. pour sa transmission particulière, et que de son vivant cet usufruit peut devenir, par cessions successives, la matière de plusieurs droits, et calculez ces nouveaux produits pour le fisc d'une simple concession d'usufruit si usuelle, si conforme à l'esprit de famille! Cela est effrayant.

Maintenant, passez en revue tous les autres droits établis par la même loi; vous y trouvez constamment une exacte distribution du poids de l'impôt; partout vous reconnaissez l'influence de ces idées mères : pour qu'il y ait matière au droit, il faut qu'il y ait réellement transmission; chaque transmission ne paye que selon son importance. Notamment d'après le n° 6 du même article 15, l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble sur lequel son vendeur a déjà concédé un usufruit, n'acquitte qu'un droit basé sur le prix exprimé en son contrat. Cet acquéreur spécule pourtant sur la mort d'autrui; n'importe, les principes le protégent; il paye en proportion de sa transmission.

Pour l'héritier d'une nue propriété, pour le fils recueillant un droit inerte, un pur fardeau dans l'hérédité paternelle, rigueur excessive, ruineuse; fixation d'une part d'impôt hors de toute mesure avec la transmission.

De cette situation si anormale sont résultés de nombreux débats. L'administration avait pour elle le savant Merlin et les auteurs, en général, qui avaient traité la question, bien que plusieurs d'entre eux s'inclinassent à regret devant la prétendue clarté du texte.

Aux jurisconsultes se joignait la jurisprudence des tribunaux et de la Cour de cassation.

Cette dernière néanmoins, à la date du 30 mars 1841, rendit un arrêt qui fit sensation, en portant atteinte à la plus longue

unanimité, quoique seulement pour un cas spécial, celui du nu-propriétaire en second ordre, c'est-à-dire succédant à un autre nu-propriétaire. Elle décida que ce successeur devait acquitter le droit sur l'évaluation portée à *dix* fois le produit seulement, c'est-à-dire à moitié moins que pour l'hypothèse d'une nue propriété. (Dalloz, 1841, 1, 199. Enregistr. c. demoiselle Decommeau.)

Cet arrêt scindant la question, il importe de le soumettre tout d'abord à un examen attentif.

Voici comme il procède :

Le n° 7 de l'article 15 de la loi du 22 frimaire an VII dispose « qu'il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit à la propriété, » lorsque le droit d'enregistrement aura été acquitté sur la valeur » de la propriété. »

« Cette condition est déterminée par le payement ainsi exigé, par anticipation, du droit auquel aurait donné naissance la consolidation de la nue propriété par la réunion de l'usufruit. Elle est en outre conçue en termes généraux et établie d'une manière absolue. Il en résulte dès lors qu'elle ne peut être restreinte, dans son application, à l'héritier qui a acquitté l'intégralité du droit, et au profit duquel la transmission s'est effectuée, mais bien que cette condition doit également produire ses effets à l'égard des successeurs et ayants cause de cet héritier; et que ceux-ci, s'ils n'ont été investis en réalité que d'une nue propriété, ne peuvent avoir de droit d'enregistrement à supporter qu'à raison de l'avantage qu'ils recueillent. »

La base de cet arrêt est donc l'idée qu'une espèce de compensation interviendrait du payement fait par le nu-propriétaire en premier ordre à celui que doit faire le second nu-propriétaire.

Eh bien! il ne saurait malheureusement en être ainsi. A chaque transmission sa dette, puisque la dette ne naît que de la transmission même; et cette dette proportionnée à la valeur de chaque transmission, voilà les principes certains de la loi. Dès lors point de compensation possible du versement effectué au versement postérieur. Autant le premier titulaire a payé pour la nue propriété avec expectative de consolidation, autant le second titulaire doit payer pour ces mêmes objets. Peu importe la for-

mule abstraite de rédaction de l'alinéa 2; s'il ne dit pas que l'acquittement du droit sur la valeur entière aura dû être le fait de la même personne qui voudra réunir gratuitement l'usufruit, ce sens résulte forcément de la nature des choses.

Mais pas de compensation par une autre raison encore; c'est que le quantum pour 100 n'est point le même pour tous les nu-propriétaires : l'un paye 2, l'autre 6 1/2 pour 100, selon le degré de parenté auquel ils se trouvent; la qualité des personnes modifie considérablement les droits.

Il y aurait d'ailleurs beaucoup à dire sur la théorie du *payement par anticipation* et sur les mots *réunion de l'usufruit*, entendus dans le sens d'*extinction* de l'usufruit, deux points auxquels ramènera la marche de la discussion.

Cet arrêt fut suivi de deux autres rendus dans des circonstances identiques, à la date du 9 avril 1845 (Dalloz, 45, 1, 250; Lallart, Levacher de la Verronerie). Ils se basent également sur une compensation entre deux titulaires successifs. Ils y ajoutent bien une considération tirée de l'expectative qu'a chacun des titulaires de la réunion de l'usufruit; mais nous devons aussi toucher ce point plus tard.

Reprenons donc la question dans ses termes absolus, c'est-à-dire relativement à un nu-propriétaire primitif.

Les seuls arrêts de la Cour suprême qui, à notre connaissance, se la soient posée ainsi, sont les suivants :

13 ou 16 floréal an IX, sect. civ. Sirey, 2, 442. B. A., 13, 104, 105. Enreg. c. Wargée et Anssiaux.

11 sept. 1811, sect. civ. Enreg. c. la veuve Condet. D. A., t. VII, p. 107. — Décision semblable, 18 déc. 1811, sect. civ. Enreg. c. la veuve Lambrecht.

Ces trois documents judiciaires, tous contraires à notre opinion, ne présentent pas le moindre développement, comme on peut s'en assurer. Inutile donc de les reproduire.

Pour plus de brièveté, nous nous abstiendrons aussi de rapporter les raisonnements des auteurs; ils se bornent en général à constater le défaut de distinction entre la pleine et la nue propriété dans le 7° de l'article 15; ou bien leur argumentation

rentre, il nous semble, dans celle de l'administration de l'enregistrement.

Or, quant à cette dernière, voici ce qu'on lit dans une délibération en date du 24 septembre 1830, rapportée au recueil périodique Dalloz, année 1833, partie 3, p. 34 (il y a une autre délibération en date du 11 juin 1833, mais dont nous ignorons la teneur) :

« L'héritier qui recueille la nue propriété d'un immeuble doit » payer le droit de mutation par décès sur la valeur entière du » bien. L'article 15, n° 7, de la loi du 22 frimaire an VII, veut » que le droit de mutation par décès soit liquidé et perçu sur la » valeur des biens, sans distraction des charges. La loi n'est » point facultative; elle ne laisse pas à l'héritier le choix du mo- » ment où il doit acquitter les droits; elle établit seulement qu'il » n'est rien dû pour la réunion de l'usufruit à la propriété, lors- » que le droit d'enregistrement a été acquitté sur la valeur en- » tière de la propriété. Au reste, l'héritier trouve dans la suc- » cession, non-seulement la nue propriété, mais encore l'expec- » tative de l'usufruit. »

L'expectative de l'usufruit! Non, mille fois non.

Une nue propriété est transmise à Primus; un usufruit est transmis ou existait déjà au profit de Secundus Primus a-t-il l'expectative de l'usufruit? Non certainement; car Primus n'aura jamais l'usufruit. Précisément parce qu'il est investi de la nue propriété, il ne saurait devenir usufruitier, c'est-à-dire possesseur d'un droit incompatible avec celui de propriétaire; et l'on verra tout à l'heure que ce n'est point là une pure chicane de mots.

De quoi lui est-il transmis l'expectative? De l'extinction de l'usufruit. Eh bien! l'extinction de l'usufruit ne donne naissance à aucune perception, ce n'est pas une matière imposable; et quand la loi dit : « il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit, etc., » elle entend par là : *pour l'abandon* du droit d'usufruit par Secundus au profit de Primus.

Cela résulterait, au besoin, de l'article 617 du Code civil, qui distingue clairement entre l'extinction de l'usufruit et la consolidation.

Mais d'ailleurs Primus n'étant pas astreint à la déclaration de

la succession de Secundus, d'une part, et de l'autre l'usufruit n'étant pas *in bonis*, à la mort de Secundus, n'étant plus que le néant, ne pouvant être, par suite, sujet à déclaration, il y a impossibilité radicale, de toute manière, à ce que l'extinction de l'usufruit soit l'occasion d'un payement quelconque; et si cette extinction a lieu du vivant de Secundus, par l'expiration du temps fixé à la durée, la chose est encore plus claire s'il se peut.

Dès lors, comment imposer la transmission de l'expectative de l'extinction? comment imposer l'expectative seule d'une chose non sujette elle-même aux droits?

L'expectative de l'extinction de l'usufruit, dira-t-on, c'est au fond l'expectative de la jouissance à titre de propriétaire.

Rien de plus vrai, il y a équipollence parfaite; mais aussi même réponse. Au décès de Secundus, cette jouissance n'est pas plus que l'usufruit *in bonis defuncti;* nulle déclaration possible, et par suite nul payement à cet égard. Comment imposer la transmission de l'expectative de jouissance quand l'entrée en jouissance elle-même ne saurait être imposée?

On insiste : cette expectative est un avantage; si cet avantage n'était pas payé à l'avance par le nu-propriétaire, celui-ci arriverait à la recueillir gratuitement.

Oui; mais cela revient à vouloir que le Trésor perçoive *par anticipation*, uniquement parce qu'il lui est interdit de percevoir plus tard, faute de matière à impôt; cela revient à imposer le nu-propriétaire en dépit de la nature même des choses, en l'absence reconnue de toute obligation, c'est-à-dire à tort et à travers.

Laissons, du reste, l'argument *ab absurdo* qui ne produit pas une démonstration complète. On va voir à quoi se réduit le prétendu avantage.

Quand Primus hérite d'une nue propriété, Secundus recueillant ou ayant déjà un usufruit, que se passe-t-il en réalité?

Le droit d'usufruit démembre la propriété; cela est élémentaire. Dès qu'il se montre, la nue propriété apparaît aussi; hors d'eux, à côté d'eux, plus rien, absolument rien. Ils constituent ensemble *la propriété démembrée;* ils ne sont ni l'équivalent, ni l'image de la pleine propriété qui a cessé d'exister sans laisser le moindre vestige. Elle ne contenait pas l'usufruit, elle ne conte-

nait pas la nue propriété; c'est de sa destruction par démembrement qu'ils sont nés; ils lui ont succédé sans partage; c'est la masse de cire dont l'artiste a fait deux figures. Plus de pleine propriété : d'une part une nue propriété, de l'autre un usufruit.

Eh bien! Primus et Secundus sont titulaires de ces deux choses, seules existantes. Secundus payera, de votre aveu, pour sa transmission d'usufruit, moitié du droit sur la valeur entière de la propriété; telle est la loi.

Maintenant, sur quoi vous fondez-vous pour exiger de Primus le droit sur la valeur entière?

Évidemment sur ce qu'il a l'expectative de la *pleine propriété*, car il faut en venir à cette expression, qui seule est exacte et destructive de toute équivoque. Or cette expectative est-elle, pour lui, une chose distincte de la nue propriété? Examinons :

Sans doute la pleine propriété finit toujours par renaître; elle renaîtra infailliblement. Mais pour qui? pour Primus? vous n'en savez rien. Pour lui ou pour l'un de ses successeurs? à la bonne heure! et c'est précisément cette future renaissance qui compose l'avantage de chacun d'eux tour à tour, par les chances de fortune qu'elle crée en sa faveur. Voilà l'essence de la nue propriété! des chances!

En effet, retranchez ces chances; que reste-t-il au titulaire, je vous prie?

Une attribution nominale, le titre de nu-propriétaire; c'est-à-dire zéro. Non, moins que zéro; une charge sans compensation, et qu'il repoussera du pied.

Transmission de nue propriété, transmission d'espoir de pleine propriété sont donc des choses identiques.

Prétendre que « l'héritier trouve dans la succession, non-seu-» lement la nue propriété, mais encore l'expectative de l'usu-» fruit (de la jouissance), » revient donc à prétendre qu'il y trouve non-seulement la nue propriété, mais encore la nue propriété.

Voici le vrai : dans la transmission d'une nue propriété, la loi ne trouvait qu'un titre nu et des chances pour toute matière imposable; pas autre chose.

Et vous voulez qu'elle ait traité ce titre nu, ces chances, comme

une pleine propriété acquise ! vous voulez qu'elle ait menti à son propre principe, qui reconnaît pour base du droit l'importance réelle des objets en état de mutation ! C'est impossible.

On se retourne en sens inverse, et l'on dit : « L'article 15 de » la loi du 22 frimaire an VII veut que le droit de mutation par » décès soit liquidé et perçu sur la *valeur des biens sans distrac-* » *tion des charges.* »

Prenez garde, objecterons-nous d'abord ; si l'usufruit est une charge qui diminue la valeur des biens, pourquoi leur demandez-vous davantage en cas d'usufruit? pourquoi demandez-vous 30 dans ce même cas, et 20 seulement dans celui d'une pleine propriété? Comment pouvez-vous prendre d'une main au nu-propriétaire l'*unité* sans retenue, nonobstant la charge, et, de l'autre, à l'usufruitier moitié de l'unité à cause de la charge? C'est là un double emploi, ou jamais il n'y en eut au monde [1] ! Et c'est un double emploi basé sur une déplorable confusion entre *le droit de propriété* s'exerçant sur un bien, et la *valeur estimative* de ce bien ! Vous supposez dans votre argumentation qu'il y a défense de distraire les charges *du droit de propriété*, et non de la valeur, comme le veut pourtant la loi. Voilà tout le mystère !

Mais quand la loi dit : *évaluation à vingt fois le produit des biens, sans distraction des charges*, ne voyez-vous pas qu'ici c'est la valeur intrinsèque, absolue des biens, qui est seule en jeu, abstraction faite du mode de propriété, soit pleine, soit démembrée? qu'il s'agit de charges soldées par les biens, c'est-à-dire *par leur produit*, telles que contributions, pensions, redevances? et que si la loi capitalise ce produit *sans distraction des charges*, c'est précisément parce qu'elle ne veut pas déduire ces charges de ce *même produit*?

Maintenant, l'usufruit est-il aussi une charge soldée par les biens, c'est-à-dire par leur produit? Non. L'usufruit est un droit de jouissance consistant : 1° à exploiter les biens par soi-même ou par un tiers ; 2° à consommer le produit ou tout entier, ou moins le profit du tiers, soit moins la valeur des charges, si

[1] M. Troplong dit à ce sujet (*Revue de législation*, 1849, p. 226) : « ..... La » chose valant en réalité 100,000 rapportera au fisc comme si elle en valait » 150,000. Que dites-vous de l'habileté du fisc à élargir son émolument ? »

par son titre on est grevé de ces dernières, soit sans déduction de cette valeur dans le cas contraire. Tel est l'usufruit, sans contredit.

On n'en répète pas moins tous les jours, je le sais : Il y a *charge* d'usufruit sur ces biens, sur cette maison, sur cette terre ; mais on redit tout aussi souvent : Il y a charge de bail, il y a charge de substitution. Et de telles locutions, plus ou moins exactes, suivant les circonstances, ne prouvent absolument rien, ne peuvent servir de point de départ à une discussion juridique.

Enfin le mot *charges* placé au n° 7 de l'article 15 de la loi de frimaire ne comprend nullement l'*usufruit*, puisque plus loin, au n° 8, la même loi, en fixant les bases d'évaluation pour *les transmissions d'usufruit seulement*, s'exprime en ces termes : *aussi sans distraction des charges.*

D'ailleurs, ce mot *aussi* n'indique-t-il pas surabondamment qu'il s'agit dans les deux numéros d'une réserve identique et relative à tout ce qui diminue réellement la valeur propre *des biens?* réserve sans laquelle il se serait élevé des réclamations on ne peut mieux fondées, dans une matière où il faut payer selon la véritable valeur des choses, réserve banale que vous retrouveriez dans d'autres paragraphes, réserve qui existait déjà dans la loi du 19 décembre 1791, et qui y était mieux exprimée sous cette forme : « y compris le capital des *redevances et de toutes* » *les charges* dont l'acquéreur est tenu (art. 5). »

L'administration émet encore cette observation :

« La loi n'est point facultative ; elle ne laisse pas à l'héritier le » choix du moment où il doit acquitter *les droits;* elle établit » seulement qu'il n'est rien dû pour la réunion de l'usufruit à la » propriété, lorsque le droit aura été acquitté sur la valeur en- » tière de la propriété. »

Voici le sens et la portée de l'argument.

L'héritier d'une nue propriété n'a pas la faculté, lors de sa transmission, de différer le payement d'une partie des droits, c'est-à-dire de celle qui se réfère à l'usufruit ; seulement il ne sera, en revanche, rien dû par lui lors de la réunion de l'*usufruit* à la propriété (lisez : *de la jouissance*).

C'est la théorie du payement par anticipation dont nous avons

parlé : payement, *exigé par anticipation*, du droit auquel donnera naissance *la réunion*, comme dit l'arrêt Ducommeau. Voyons donc :

D'abord, la réunion de la jouissance, qui donnerait ouverture à un droit, n'est certes pas la réunion par suite d'extinction de l'usufruit, l'extinction ne pouvant, on le sait, amener aucune perception.

Ce serait donc la réunion, par suite de l'abandon qu'aurait fait l'usufruitier de son droit au profit du nu-propriétaire?

Mais alors, comment supposer que, dans la prévision de cette éventualité si problématique, la loi ait exigé du nu-propriétaire le payement par anticipation du droit auquel elle donnerait lieu? Comment supposer qu'elle lui ait imposé l'obligation d'obtenir cet abandon, sous peine de perdre le fruit de son payement anticipé? En vérité ce serait trop fort, il faut en convenir!

Si l'on n'a plus d'autres considérations à présenter en faveur de la non-distinction entre la transmission de pleine propriété et celle de nue propriété (et l'on n'en a plus d'autres, que je sache), cette non-distinction est injustifiable. Équité, principes généraux du droit, principes de la loi même, tout la repousse.

Relisons le texte, et examinons s'il est possible de l'y voir néanmoins, comme on le prétend :

Art. 15..... 7° : « Pour les transmissions de propriété entre-» vifs à titre gratuit, et celles qui s'effectuent par décès, par » l'évaluation qui sera faite et portée à vingt fois le produit des » biens, ou le prix des baux courants, sans distraction des char-» ges. Il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit à la pro-» priété (la cession de l'usufruit en faveur du nu-propriétaire), » *lorsque* le droit d'enregistrement aura été acquitté sur la va-» leur entière de la propriété. »

Quel est le sens de ce mot *lorsque*?

Indique-t-il une faculté alternative? Est-ce que celui qui obtient l'abandon de l'usufruit aura, lors de sa transmission de nue propriété, acquitté à son choix tout ou partie du droit sur la valeur entière?

Ou bien, est-ce qu'à cette même époque l'administration aura exigé tout ou partie, à sa volonté?

Ni l'un ni l'autre : le mode d'exécution des lois d'impôt ne saurait être facultatif pour personne.

L'illustre Merlin, fortement préoccupé de l'opposition formelle qui semble résulter de ce mot *lorsque*, entre le premier et le second paragraphe, après avoir longuement discuté la possibilité de les faire concorder, s'exprime ainsi en désespoir de cause :

« ..... Il n'y a qu'une manière de parvenir à cette conciliation : c'est de dire que, dans le premier paragraphe, la loi » prescrit ce qui doit être fait, et que, dans le second, elle prévoit le cas où le receveur de l'enregistrement, *par ignorance ou* » *par erreur*, n'aura perçu le droit que sur la nue propriété, et » qu'elle veut que, dans ce cas, la réunion de l'usufruit à la propriété emporte pour le propriétaire l'obligation de payer un » supplément de droit, calculé sur la valeur de l'usufruit même. »

Mais *quid* du cas où, par erreur, le fonctionnaire aura exigé moins encore que le droit sur la nue propriété? *quid* pour tous autres cas d'erreur? et Dieu sait s'ils abondent en matière de chiffres! Le législateur aurait donc pris un soin bien impuissant, bien insolite, car jamais on n'y avait songé auparavant, et jamais on ne l'a fait depuis; bien inutile, car la réparation d'une erreur de calcul est de droit.

Autre inconvénient beaucoup plus grave qu'une rédondance : le Trésor a ses voies de recours, notamment articles 63 et suivants; pourquoi, par des précautions exagérées, mettre une entrave indirecte à son action? pourquoi fournir au nu-propriétaire cette exception dilatoire? « Attendez; je suis certain d'obtenir » l'abandon de l'usufruit; lors de cet abandon, je vous payerai » le supplément de droit. La loi a prévu le cas de votre réclamation et fixé le moment d'y satisfaire. Par égard pour ma position de non-jouissant, elle n'a pas voulu que je pusse être » l'objet de soudaines et intempestives exigences; elle ne vous » accorde enfin qu'un recours éventuel, cela est visible. »

Non; le législateur n'a pu porter ainsi atteinte aux voies de recours, en statuant comme si elles n'existaient pas.

Non; il a procédé plus sérieusement et dans un bien autre ordre d'idées.

De toute nécessité il avait en vue deux cas : celui où le droit

aurait été *obligatoirement* acquitté sur la valeur entière, et celui où il l'aurait été, *obligatoirement* aussi, sur partie de cette valeur.

A ne consulter pour le moment que ces principes fondamentaux de la loi, pour qu'une perception ait lieu, il faut une transmission; l'objet transmis est taxé selon son importance.

Voici quels seraient les deux cas en question :

1° A Paul aura été transmise la pleine propriété, mais avec la clause que plus tard naîtrait un usufruit. — La propriété se trouvant *entière* à l'instant de sa transmission, c'est-à-dire de son passage sur la tête de Paul (peu importe pour quelle durée), Paul aura acquitté et dû acquitter le droit intégral. — Dès lors, pour l'*abandon* de l'usufruit à son profit, il ne sera rien dû.

2° A Paul aura été transmise la propriété démembrée par un usufruit soit déjà en exercice, soit y entrant simultanément. — Paul n'aura acquitté le droit que déduction faite de la valeur de l'usufruit. — Pour l'abandon il sera dû quelque chose.

Eh bien! voyez comme ces conséquences rigoureuses de la loi ressortent naturellement de l'alinéa 2, si vous conservez au mot *lorsque* le seul sens qu'il puisse avoir, celui d'une *obligation* de payement alternative :

« Il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit à la propriété » (l'abandon de l'usufruit), lorsque le droit d'enregistrement » aura été acquitté sur la valeur entière de la propriété. »

Quand aura-t-il été acquitté sur la valeur entière?

Quand il n'y aura pas eu lieu d'en retrancher le droit sur une partie de cette valeur.

Comment n'y a-t-il pas lieu à ce retranchement?

Dans la circonstance où il est transmis une pleine propriété (devant ou non être démembrée par un usufruit, peu importe).

Quand y a-t-il lieu à recevoir l'abandon de l'usufruit, bien qu'on ait reçu antérieurement une pleine propriété?

Quand la propriété a antérieurement été transmise avec la clause que plus tard naîtra un usufruit.

Donc l'alinéa 2 suppose :

1° Que Paul, d'abord plein propriétaire, mais devant souffrir, à partir de tel jour, par suite de tel événement, un usufruit, a acquitté le droit sur la valeur entière;

2° Que Paul, d'abord nu-propriétaire, n'a pas acquitté ce droit, mais bien un droit moins fort de moitié.

Donc l'alinéa 2 renverse les prétentions de l'administration. Pour échapper à ses coups, il faut d'abord qu'elle le tue par un non-sens, en lisant :

« Il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit à la pro-» priété, *lorsque* le droit d'enregistrement aura été acquitté sur » la valeur entière de la propriété. » Et il l'aura *toujours* été ainsi.

Maintenant, peu importe que le premier alinéa ne distingue pas, pourrions-nous dire, puisque le législateur a découvert le fond de sa pensée dans le deuxième? Ne devez-vous pas l'écouter jusqu'au bout, si vous voulez le comprendre?

Admettons même que les deux dispositions soient inconciliables, qu'il y ait entre elles antinomie directe, exclusive de toute explication : quel est, en ce cas, le devoir rigoureux de l'interprète?

N'est-ce pas de préférer la disposition qu'avouent l'équité, les principes généraux du droit, les principes de la loi même?

Eh bien! non; il n'y a pas antinomie directe, exclusive de toute explication, puisque la généralité de l'alinéa 1er est forcément rompue par les strictes exigences, par les forces viscérales du second alinéa.

Il y a disposition par voie synthétique, implicite; voilà tout.

Le n° 7 aurait dû être conçu ainsi :

« 7° Pour les transmissions de propriété entre-vifs, à titre gratuit, et celles, etc. (l'alinéa 1er, tel qu'il existe); — pour les transmissions de propriété entre-vifs, à titre gratuit, et celles qui s'effectuent *par décès en cas de testament*, *dans la circonstance où plus tard doit s'ouvrir un usufruit*, par l'évaluation qui sera faite et portée à vingt fois le produit des biens ou le prix des baux courants, également sans distraction des charges; — pour les transmissions de propriété entre-vifs, à titre gratuit, et celles qui s'effectuent *par décès en cas de testament*, *dans les deux circonstances où* 1° *un usufruit existait antérieurement*; 2° *un usufruit aura*, *en vertu d'une clause de l'acte entre-vifs ou du testament*, *simultanément pris naissance*, par l'évaluation qui

sera faite et portée à *dix* fois le produit des biens ou le prix des baux courants, encore sans distraction des charges.

» — Il ne sera rien dû pour l'abandon de l'usufruit en faveur du titulaire de la propriété, dans le cas du second paragraphe du présent numéro.

» — Il sera dû, pour ce même abandon, un droit sur la valeur de l'usufruit déterminée par l'évaluation qui sera faite et portée à *dix* fois le produit des biens ou le prix des baux courants, toujours sans distraction des charges, dans le cas du troisième paragraphe du présent numéro. »

Mais quelle difficulté, quelle pesanteur de rédaction! que d'ambages, de répétitions, de longueurs inévitables!!!

Le législateur a reculé devant ce rabâchage, qu'on nous passe le mot.

Il s'est fait ce raisonnement :

« Si je fixe d'abord le droit pour les transmissions de propriété, sans distinguer entre la pleine et la nue propriété, et qu'ensuite je dise qu'il ne sera rien dû pour la réunion de l'usufruit, *lorsque* le droit aura été acquitté d'après cette fixation, l'alternative que je pose du payement ou intégral ou partiel primitivement accompli par celui qui arrive à réunir l'usufruit, payement motivant ou non l'exemption subséquente de droits, cette alternative indique tout à la fois et les deux conditions où s'est pu trouver au début ce contribuable (celles de plein ou de nu-propriétaire), et les taxes différentes qui leur incombent. Ces déductions sortiront directement de l'ensemble, puisqu'il ne pourrait subsister sans elles. »

Que le législateur, en raisonnant, en s'exprimant avec justesse, n'ait pu néanmoins se faire comprendre, la controverse actuelle en est malheureusement la preuve.

A qui la faute? à lui, mais non à lui seul.

Sa synthèse était dangereuse, rien de plus vrai; mais les principes en donnaient la clef.

La résultante de ses deux prescriptions a besoin d'être un peu cherchée, rien de plus vrai encore; mais pour la détruire, il faut violer toutes les règles de la science du droit, fermer les yeux à l'équité et méconnaître l'esprit de la loi du 22 frimaire.

Avons-nous rempli notre tâche?

Non, pourra-t-on dire; montrez dans le texte du 7° l'évaluation de la nue propriété à dix fois le produit des biens.

Cette fois nous avouerons notre impuissance, en adressant cependant une invitation toute pareille aux adversaires.

Le 2° alinéa du n° 8 ne porte-t-il pas : « Lorsque l'usufruitier » qui aura acquitté le droit d'enregistrement pour son usufruit, » acquerra la *nue propriété*, il payera le droit d'enregistrement » sur sa valeur, sans qu'il y ait lieu de joindre celle de l'usu- » fruit? » Montrez dans le texte du n° 8 l'évaluation de la nue propriété à dix fois le produit des biens.

Impossible, n'est-ce pas? et cependant vous ne demandez à cet usufruitier qu'un droit assis sur dix fois le produit. Qu'est-ce à dire? C'est qu'ici vous vous prêtez au procédé du législateur.

Eh bien! ici comme au 7°, le législateur est si convaincu qu'en fixant la valeur de l'une des deux parties de la propriété démembrée, il a par là même fixé celle de l'autre partie, qu'il ne prend pas la peine d'écrire un second chiffre. Il abrége encore par voie de synthèse; il se fait le plus succinct possible dans ces détails sans cesse renaissants d'un long et fastidieux tarif.

Mais une observation bien plus importante sur le n° 8, c'est celle-ci : on y voit l'usufruitier devenir plein propriétaire. Qu'a-t-il soldé en deux fois, je vous prie? Un droit sur vingt fois le produit; pas davantage. Et vous voulez que j'en doive payer tout autant pour ne devenir que nu-propriétaire!

Pourquoi donc? Peu importe, ce semble, quelle partie on commence par avoir. La loi connaît-elle, peut-elle connaître de telles distinctions? En d'autres termes : deux moitiés dans l'unité, rien de plus, rien de moins; commencez l'addition par l'une ou par l'autre, vous ne trouverez jamais que cela.

De tout ce qui précède il doit s'ensuivre, selon nous, que la transmission soit entre-vifs, à titre gratuit, soit par décès, d'une nue propriété, est soumise à un droit assis sur dix fois le produit des biens ou le produit des baux courants.

L. DORLENCOURT.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de janvier 1852 [1].

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Mariage; mort civile.* — La mort civile dissout le mariage aussitôt qu'elle existe, c'est-à-dire après cinq ans depuis l'exécution dans les condamnations par contumace.
2. *Mariage; autorisation de la femme.* — La femme mariée n'a pas besoin de l'autorisation de justice pour contracter avec son mari.
3. *Testament olographe; vérification d'écriture.* — Quand l'écriture d'un testament olographe instituant un légataire universel est méconnue par l'héritier légitime, c'est au légataire à la faire vérifier et à prouver ainsi la sincérité de son titre.
4. *Testament; révocation; aliénation.* — Un legs universel n'est pas révoqué par l'aliénation qu'un testateur fait de tous ses biens présents.
5. *Testament authentique; démence; preuve.* — Quoiqu'on puisse prouver sans inscription de faux la démence du testateur, malgré la mention d'un testament authentique que ce testateur était sain d'esprit, on ne le peut qu'à la condition de ne pas contredire celles des mentions de l'acte que le notaire avait mission légale de faire.
6. *Testament authentique; impossibilité de signer.* — Faut-il que la mention de la déclaration faite par le testateur de son impossibilité de signer le testament authentique soit lue à ce testateur, et qu'il soit en outre fait mention de cette lecture?
7. *Créancier; droits du débiteur.* — Un créancier peut-il, à défaut de cession des droits et actions de son débiteur, les exercer au lieu et place de celui-ci sans autorisation de la justice?
8. *Bail à colonage; responsabilité en cas d'incendie.* — Le colon, s'il est sous un rapport associé, est aussi locataire, et reçoit dès lors l'application de l'article 1733.

1. — (REQ. 2 DÉC. 1851; *Devill.*, 52, 1, 54.) — C'est chose surprenante que ce qu'il faut de temps et de peines pour déraciner des esprits les erreurs qui s'en sont emparées.

Rien n'est assurément plus certain ni mieux établi en droit

[1] Le cahier de *décembre* 1851 ne contenant, dans chacun des trois Recueils, que les tables du volume, nous passons du cahier de novembre à celui de janvier.

que l'effet attribué à la mort civile de dissoudre le mariage (civil) du condamné, en permettant dès lors à son conjoint d'en contracter un nouveau (civilement), et que la réalisation de cet effet au moment même où se produit la mort civile, c'est-à-dire dès l'instant de l'exécution, soit réelle, soit fictive, dans les condamnations contradictoires, et après cinq ans à partir de l'exécution fictive dans les condamnations par contumace. Cette vérité est assurément une des règles les mieux prouvées du Code, en même temps d'ailleurs qu'elle est proclamée et par tous les nouveaux auteurs et par les arrêts. Naguère encore nous signalions dans cette *Revue* (t. I, p. 647-651), en approuvant et justifiant sa solution, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, chambres réunies, le 5 juin 1851, qui appliquait nettement cette règle, comme l'avaient déjà fait d'autres arrêts tant de la même Cour, que des Cours de Toulouse et de Douai et de la Cour de cassation.

Or malgré cette triple autorité de la raison, de la doctrine et de la jurisprudence, les esprits prévenus de l'idée contraire n'en persistent pas moins dans leur opinion; ils tiennent toujours à ce faux principe, émis il y a vingt-sept ans par M. Duranton, et si péremptoirement réfuté depuis longtemps, que le mariage ne se dissout dans les condamnations par contumace qu'après vingt ans à partir de l'arrêt, de sorte que l'effet n'arriverait alors que quinze ans après sa cause; et l'arrêt si juridique de la Cour de Rennes a été frappé de pourvoi, non pas par un de ces plaideurs obstinés que les efforts de l'avocat ne sauraient empêcher de soutenir une mauvaise cause jusqu'au bout, mais par le ministère public lui-même, par M. le procureur général près la Cour dont l'arrêt émanait.

Cette nouvelle épreuve, du reste, était une chose heureuse, puisqu'elle ne pouvait avoir pour résultat que de consacrer une fois de plus la vérité, et d'ajouter une autorité nouvelle à toutes celles qui soutenaient déjà la saine doctrine. Et en effet, la chambre des requêtes, par l'arrêt du 2 décembre dernier que nous signalons ici, arrêt remarquablement motivé et rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Bonjean, rejette le pourvoi de M. le procureur général de Rennes, et décide avec

raison que l'arrêt du 5 juin 1851, bien loin de violer la loi, en avait fait une juste application.

Espérons donc que les vrais principes seront enfin compris ici, que la vieille erreur de M. Duranton aura bientôt fait son temps, et que la doctrine si bien établie de la dissolution du mariage par la mort civile à l'instant même où s'accomplit cette mort civile, doctrine pour la justification de laquelle nous renvoyons, soit au passage précité de la *Revue*, soit surtout à notre commentaire des articles 25 et 27 du Code Napoléon, sera désormais acceptée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire pour la vérité.

2. — (GRENOBLE, 11 MARS 1851; *J. P.*, 1852, 1, 103.) — Nous regardons de même comme parfaitement exacte la solution d'un arrêt de Grenoble décidant que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de la justice pour contracter, quand c'est précisément son mari qu'elle a pour cocontractant.

On est loin d'être d'accord sur les causes qui, dans notre droit, ont fait déclarer la femme incapable d'exercer, sans l'assistance de son mari, les actes civils.

Suivant les uns, l'incapacité de la femme serait établie *propter fragilitatem sexus*, comme celle des mineurs l'est *propter fragilitatem ætatis;* en sorte que, dans les deux cas, ce serait l'inhabileté naturelle de la personne qui motiverait son incapacité légale. Or cette idée est inadmissible. Elle était vraie dans le droit romain primitif, où la femme subissait une incapacité perpétuelle qui la tenait en tutelle toute sa vie, en sorte que la tutelle se définissait alors : une institution organisée *ad tuendum eum* EAMVE *qui propter ætatem* VEL SEXUM *se defendere nequit.* Mais chez nous, où les filles et les veuves ont la même capacité légale que les hommes, où même la femme actuellement mariée peut être tutrice de ses enfants d'un premier lit (art. 396) et devenir la tutrice de son propre mari interdit, ce principe serait d'une fausseté qui se touche du doigt.

D'autres, en rejetant comme nous cette idée, enseignent que l'autorisation est *uniquement* exigée comme marque de soumission de la femme, comme conséquence du respect dû au mari, et que dès lors l'incapacité légale n'est établie que dans l'intérêt moral de celui-ci. Mais cette théorie, plus près de la vérité que

la première, est encore inexacte dans ce qu'elle a d'exclusif, et si elle a pu être celle de notre ancien droit, elle n'est certainement pas celle du Code. En effet, si l'obtention de l'autorisation maritale n'était exigée que comme marque de déférence de la femme pour le mari, sans qu'aucune préoccupation d'intérêt pécuniaire et de lésion de la femme entrât dans la pensée de la loi, il importerait peu que le mari fût majeur ou mineur; car le jeune homme assez âgé pour être époux l'est assez pour recevoir les marques de déférence qui lui sont données à ce titre. Or tandis que notre ancien droit acceptait comme suffisante l'autorisation du mari mineur (Pothier, *Puiss. du mari*, 29-31), le Code déclare, au contraire, que l'incapacité de la femme n'est pas levée par une telle autorisation (art. 224). De plus, si l'autorisation n'était exigée que dans l'intérêt moral du mari, l'annulation de l'acte fait sans autorisation ne pourrait donc être demandée que par le mari, l'unique intéressé, tandis qu'elle peut l'être par la femme comme par le mari, et que celle-là même est mise en première ligne à cet égard (art. 225). Enfin, les articles 1124, 1125 et 1304 complètent la démonstration en mettant sur la même ligne, comme touchant toutes aux intérêts pécuniaires, les trois incapacités du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.

Donc la nécessité de l'autorisation n'est point fondée sur la faiblesse et la légèreté de la femme; mais elle ne l'est point non plus exclusivement sur le respect dû au mari, et voici, selon nous, la pensée de la loi.

La femme se trouvant mise par son mariage, et tant que dure son mariage, sous la garde de l'époux qu'elle choisit comme protecteur pour ses biens comme pour sa personne, il est donc naturel, quoiqu'elle conserve au fond toute son expérience, qu'elle se préoccupe moins de ses affaires et ne se jette plus dans les mêmes calculs, par la pensée qu'un autre est là qui s'acquittera de ces soins pour elle et mieux qu'elle; il est tout naturel qu'elle se réduise au rôle d'instrument passif, dans la main et sous la direction de l'époux. Donc la femme, tout en conservant au fond, et de manière à s'en servir encore au besoin, sa pleine capacité, la voit sommeiller sous la force des circonstances, et

tombe ainsi, pour les cas généraux et ordinaires, presque dans l'état où nous place la minorité même. C'est pour cela que quand le mari est mineur, comme la minorité de celui-ci n'empêcherait peut-être pas la femme de se reposer encore sur lui, puisqu'il est le protecteur de son choix et qu'elle a cru trouver en lui une activité et une prudence suffisantes, la loi, qui voit là deux aveugles s'appuyant l'un sur l'autre, déclare alors l'autorisation du mari insuffisante, et requiert l'intervention de la justice. Mais vienne une circonstance extraordinaire et dans laquelle il est impossible à la femme de se reposer sur le mari; par exemple, si celui-ci est absent ou interdit, ou s'il est précisément l'adversaire de l'épouse dans l'acte, alors la pleine capacité qui sommeillait chez celle-ci se réveille, et la question d'autorisation n'est plus qu'une simple question de respect. Or comme le fait même que c'est le mari qui contracte avec sa femme constitue l'assentiment donné par celui-ci à l'accomplissement de l'acte par la femme, et qu'il y a ainsi pleine satisfaction des égards qui lui sont dus, rien autre chose n'est nécessaire. Sans doute s'il y avait encore, dans ce cas, incapacité de la femme, il faudrait recourir à la justice; car le mari étant alors l'adversaire de cette femme, ce n'est pas lui qui pourrait suppléer à l'incapacité de celle-ci, ce serait le cas d'appliquer la règle *nemo potest auctor esse in rem suam*, et l'autorisation du juge eût été dès lors indispensable. Mais l'incapacité tout accidentelle de la femme disparaissant, au contraire, lorsqu'il y a pour elle impossibilité de compter sur le mari, et la question d'autorisation devenant alors une simple question de déférence pour le mari, il est clair que l'autorisation du mari se trouve parfaitement suffisante.

L'arrêt de Grenoble est donc dans le vrai en décidant qu'une femme n'a nul besoin de l'autorisation de la justice pour contracter avec son mari.

3. — (CAEN, 2 juin 1851; *Devill.*, 52, 2, 13.) — La matière des testaments nous offre ici trois arrêts importants, et dont l'un surtout, qui discute et décide un des points de droit divisant le plus profondément la doctrine et la jurisprudence, présente tout à la fois la plus haute importance et la plus parfaite exactitude.

C'est une question dont le sort est en vérité bien étrange que

celle de savoir à qui incombe la charge de la vérification d'écriture, dans le cas d'un testament olographe instituant un légataire universel qui se trouve saisi, vu le défaut d'héritier réservataire, testament que l'héritier légitime prétend ne pas être écrit par son auteur. Est-ce alors à l'héritier d'établir la fausseté du testament? n'est-ce pas, au contraire, au prétendu légataire d'en prouver la sincérité? Telle est la question..... Nous disons que son sort est des plus étranges. D'une part, en effet, il en est peu, il n'en est peut-être pas une seule qui soit et ait été plus vivement et plus longuement controversée, et pourtant il n'en est pas non plus, nous ne craignons pas de le dire, qui soit susceptible d'une solution plus facile, plus nette et plus certaine, pour quiconque se débarrasse de toute prévention et de tout parti pris.

La question est, d'abord, on ne peut plus controversée; car depuis *quarante-cinq ans* elle partage en deux camps presque égaux les auteurs et les arrêts. Sept auteurs, depuis Toullier jusqu'à M. Coin-Delisle et M. Bonnier, puis une foule d'arrêts, depuis celui de Turin, du 10 janvier 1809, jusqu'à celui de la chambre des requêtes, du 23 janvier 1850, que nous avons précédemment discuté dans cette *Revue* (t. I, p. 277), imposent la charge de la vérification à l'héritier. D'autres arrêts plus nombreux encore, depuis celui de Colmar, du 12 juillet 1807, jusqu'à celui de Caen, qui nous occupe ici, du 2 juin 1851, puis neuf auteurs, depuis Merlin jusqu'à M. Zachariæ, M. Duvergier et nous-même, tiennent que le légataire seul en peut être chargé.

Il semblerait certes, en présence d'un si long et si profond débat, que la question dût être, en elle-même, des plus difficiles. Nous devons pourtant à la vérité de dire qu'il n'en est rien; que le débat n'est devenu embarrassant et obscur que par les idées fausses qu'on y a successivement apportées, pour les abandonner ensuite les unes après les autres; qu'en lui-même et débarrassé de tout ce qui lui est étranger, ce point de droit est parfaitement simple et clair; que de quelque côté qu'on se tourne, on est toujours ramené par les principes à la solution si nette et si solide que Merlin avait donnée dès le début; et nous croyons pouvoir prédire, sans être prophète ni fils de prophète, que si les Cours d'appel soutiennent jusqu'au bout l'énergique et consciencieuse

résistance qu'elles ont opposée jusqu'ici à la jurisprudence de la Cour de cassation, si elles persévèrent dans cette indépendance d'examen qui fait leur gloire, et dont la Cour de Caen nous donne ici un nouvel exemple, elles verront tôt ou tard la Cour de cassation revenir à elles sur cette question, comme elles l'ont vue revenir, le 23 mai 1845, malgré sa jurisprudence bien autrement homogène et constante, sur la fameuse question de la révocation des donations d'un époux à son conjoint par la séparation de corps.

Est-ce que la fausse doctrine à laquelle la Cour suprême a fini par se ranger n'est pas déjà condamnée à l'avance par les singulières reculades qu'elle a été forcée de faire d'année en année! Ce n'est pas, en effet, sur *un argument* sinon solide, au moins spécieux et de nature à échapper aux étreintes de la critique, que cette erreur se montre appuyée, c'est sur *une douzaine d'arguments*, qui sont venus successivement se substituer les uns aux autres à mesure que leurs devanciers étaient renversés, et dont le dernier, présenté par le plus récent arrêt de la chambre des requêtes, n'est certes pas plus concluant que les autres, moins encore s'il est possible.

Pour justifier ces assertions, précisons ici de nouveau, aussi brièvement que possible, d'une part, le principe irrésistible qui motive la solution de la question contre le légataire; et d'autre part, les moins faibles des objections dans lesquelles la doctrine contraire a successivement cherché ses raisons de décider.

Le testament olographe est un acte sous seing privé (art. 970 et 999). Il est dès lors susceptible de la vérification d'écriture, et n'a pas besoin d'être attaqué par l'inscription de faux (art. 1323-1324). Or, dans toute vérification d'écriture, c'est à celui qui se prévaut de l'acte à vérifier d'en établir la sincérité; c'est lui qui est demandeur en vérification, alors même qu'il serait défendeur au principal dans le procès qui donne lieu à cette vérification (art. 193-199 C. proc.).

C'est à cela que se réduit, en définitive, toute cette question, sur laquelle il n'y avait vraiment pas lieu de dire et écrire tant de choses; c'est à cela que se réduisaient, au fond, les explications parfaitement claires et solides que Merlin avait données dès l'ori-

gine, et il est curieux de voir quels vains efforts on a faits dans tous les sens pour échapper à ces idées si simples... Analysons-les rapidement, en ne nous arrêtant, nous le répétons, qu'aux objections principales, qui feront assez comprendre l'insignifiance des autres [1].

1° On a commencé par dire que le testament olographe doit, après l'ordonnance en exécution de laquelle il est déposé chez un notaire, être considéré comme acte authentique, de nature dès lors à ne pouvoir plus être attaqué que par l'inscription de faux, dans laquelle c'est à l'adversaire de la pièce à faire preuve. Mais comme cette idée, ridicule à tous égards, n'était vraiment pas soutenable en présence soit de l'article 1317, qui ne reconnaît comme acte authentique que celui qui est *rédigé par un officier public*, soit de l'article 999, qui déclare nettement le testament olographe *acte sous signature privée;* comme le plus simple bon sens dit, en effet, que l'acte sous seing privé est tout écrit, quel qu'il soit, testament, vente, bail, quittance, etc., qui est rédigé par un simple citoyen; que cet acte ne présente pas plus de garantie de sincérité, quand il a pour objet ceci plutôt que cela, et quand il est déposé dans tel lieu plutôt que dans tel autre, puisqu'il est tout aussi facile d'imiter l'écriture d'une personne pour un faux testament que pour une fausse vente ou un faux bail, et tout aussi facile de déposer ce faux testament chez un notaire que chez une tout autre personne, il a bien fallu reconnaître qu'on n'avait pas été heureux dans cette première attaque, et l'argument, condamné par la Cour de cassation elle-même dans son arrêt de 1816, ne s'est jamais reproduit depuis lors.

2° On a dit ensuite, et cet autre argument se retrouve jusqu'en 1835 dans un arrêt de la Cour de Rennes (qui est revenue depuis à la vérité dans un arrêt du 28 août 1847), que si le testament olographe est, il est vrai, un acte sous seing privé, il n'en est pas moins affranchi de l'application des articles 1323 et 1324, qui ne sont faits, disait-on, que pour les conventions. Mais on se jetait, par cette singulière idée, dans une double

[1] Ces autres objections se trouvent résumées et réfutées dans notre commentaire de l'article 1008, n° II (t. IV, n° 112 de notre 5e édition).

contradiction, puisque, d'une part, si les articles 1323 et 1324 n'étaient pas applicables au testament olographe, il n'y aurait donc pas lieu pour lui à la simple vérification d'écriture, mais seulement à l'inscription de faux, tandis que l'on reconnaissait le contraire, et que, d'autre part, au moment même où l'on prétendait ces articles exclusivement applicables *aux conventions*, on se donnait un étrange démenti en les appliquant aux testaments contenant des legs particuliers ou à titre universel, et même à ceux contenant des legs universels faits par un testateur laissant des héritiers à réserve!

3° Aussi a-t-on laissé ce second argument comme le premier, puis d'autres plus insignifiants encore (si c'est possible), pour dire que le légataire prétendu, dès là qu'il a obtenu l'ordonnance d'envoi, étant ainsi EN POSSESSION des biens, c'est par conséquent chez le prétendu héritier qui vient l'attaquer que se trouve la qualité de demandeur, et par conséquent l'obligation de faire la preuve. Comme si Merlin n'avait pas réfuté d'avance cette objection due à un étrange oubli des règles les plus élémentaires, en faisant remarquer que sans doute l'héritier prétendu est *demandeur principal*, et doit par conséquent faire la preuve *de demande*, c'est-à-dire établir (si ce point est contesté) qu'il est, comme il le prétend, l'héritier du sang, mais que c'est au défendeur à faire à son tour la preuve d'exception, c'est-à-dire à prouver, une fois la qualité de l'héritier prouvée ou reconnue, qu'il a lui une qualité plus forte, celle de légataire universel, en justifiant pour cela de l'existence et de la validité du testament qu'il invoque!

4° Après avoir encore abandonné ce système de défense, on a imaginé de dire que, le légataire universel étant ici saisi de plein droit et deux saisines ne pouvant pas coexister, il s'ensuivait que, par le fait même de l'existence de l'héritier testamentaire, l'héritier légitime perdait sa qualité! Mais le cercle vicieux était, en vérité, par trop saillant, puisque la question débattue entre les deux adversaires est précisément de savoir *s'il y a un héritier testamentaire*, si celui qui se prétend légataire est légataire, si l'écrit qu'il invoque comme testament est un testament! Aussi cet argument, après avoir défrayé plusieurs arrêts de la Cour de

cassation, a-t-il fini par être répudié comme ses devanciers, et voici enfin celui auquel la Cour dans son dernier arrêt, rendu comme le précédent contre notre plaidoirie, a donné pour réponse à nos observations et pour motif de sa solution.

5° C'est que le testament olographe est un acte *sui generis*, d'une nature *spéciale*, jouissant *d'une force d'exécution toute particulière*, et que la loi sanctionnant ici de simples probabilités, donne effet à l'acte *provisoirement* et avant toute justification... Mais quand on cherche la lumière et la vérité, il ne faut pas s'envelopper dans le vague et se cacher derrière des mots, il faut arriver aux idées et les mettre en relief. Il faut donc rechercher et préciser ici quel est *cet effet provisoirement accordé* par la loi, et en quoi consiste *cette force d'exécution particulière* qui fait du testament olographe un acte à part et d'une nature toute spéciale. Or ce qu'il y a ici de *particulier* dans la *force d'exécution* du testament, c'est, ni plus ni moins, que d'après l'article 1008, cet acte permet au légataire de se mettre avant tout débat et provisoirement EN POSSESSION des biens..... Cela étant, le nouvel argument de la chambre des requêtes, ou plutôt l'argument que cette chambre a cru nouveau, n'est que la reproduction, sous une forme nouvelle et déguisée, de celui qui se tirait de l'influence de la possession sur la question de preuve, c'est-à-dire de celui que nous avons déjà signalé au 3°, et qui était depuis longtemps réfuté et abandonné !

C'est donc avec grande raison que la Cour d'appel de Caen, qui avait elle-même admis d'abord la doctrine contraire dans un ancien arrêt de 1812, revenant ici de l'erreur à la vérité, comme l'avait déjà fait la Cour de Rennes, proclame dans son arrêt du 2 juin dernier, que « si le testament était écrit par une main » étrangère, il n'y aurait plus de testament...; que le testament » olographe n'est rien autre chose qu'un acte sous seing privé, » plus important que les autres actes de cette espèce, mais qui » n'a pas plus d'authenticité qu'eux; qu'en cette qualité, il est » soumis aux règles des articles 1323 et 1324, et à la règle géné- » rale du droit qui veut que le demandeur soit chargé de prou- » ver sa demande; qu'aucun texte du Code civil n'excepte les » testaments olographes de la règle générale applicable aux actes

» sous seings privés ; que si l'article 1006 donne alors au léga-
» taire universel la saisine de la succession, c'est sous la condi-
» tion d'un testament conforme aux règles de l'article 970, c'est-
» à-dire écrit en entier, daté et signé par le testateur ; que
» l'ordonnance d'envoi en possession est toujours prononcée
» sous la condition tacite que le testament émane de celui à qui
» il est attribué, et qu'ainsi c'est au légataire à prouver que la
» condition existe. »

5. — (Req. 1er déc. 1851 ; *Devill.*, 52, 2, 25.) — C'est également un très-bon arrêt que celui par lequel la chambre des requêtes rejette un pourvoi dirigé contre deux solutions d'un arrêt de Montpellier sur cette même matière des testaments.

La dame Delon, après avoir institué Étienne Delon, par testament authentique, *son légataire universel*, avait ensuite vendu tous les biens qu'elle possédait au jour de la confection de cet acte ; et après sa mort, son héritier légitime prétendait que le legs avait été révoqué, aux termes de l'article 1038, par l'aliénation de la chose léguée. C'était une grave erreur, et c'est avec grande raison que la Cour de Montpellier, et après elle la Cour de cassation, ont déclaré le testament subsistant. Le legs universel, en effet, n'est pas l'attribution des biens que le testateur possède au jour de l'acte, mais l'attribution des biens qu'il possédera au jour de son décès. Peu importe donc que le testateur, dans ce cas de legs universel, aliène une partie ou même la totalité de son patrimoine ; si les biens ainsi aliénés lui reviennent, par une cause ou par une autre, s'il lui en revient d'autres, le changement de patrimoine ou même les changements multiples et successifs de patrimoine qui auront pu s'opérer dans l'intervalle de la confection du testament au décès seront complétement insignifiants, et le legs universel aura toujours son effet pour les biens qui se trouveront appartenir au testateur lorsqu'il mourra. C'est évident, puisque la révocation n'a lieu, d'après les termes comme d'après l'esprit de l'article 1038, que par l'*aliénation de la chose léguée*, et qu'ici ce n'est pas la chose léguée qui a été aliénée : ce n'est pas la chose léguée, puisque la chose léguée, c'est *le patrimoine du jour du décès*, et que ce n'est pas ce patrimoine du jour du décès qu'on a vendu.

Toutefois, en adoptant pleinement la solution évidemment exacte des deux arrêts de Montpellier et des requêtes, il ne faudrait cependant pas prendre au pied de la lettre la formule par eux employée, et poser comme principe cette phrase que *l'article 1038 n'est applicable qu'aux legs de corps certains et déterminés, et nullement à un legs universel.* Prise rigoureusement, et dans un sens absolu que les deux Cours n'ont certainement pas entendu lui donner, cette proposition serait fausse; car l'article 1038 pourrait fort bien, selon les cas, s'appliquer à un legs universel. Ainsi, qu'une personne, après avoir institué un légataire universel, s'avisât précisément de vendre ou de donner par institution contractuelle (art. 1082) *les biens qu'elle laissera en mourant*, il est bien clair que le legs, tout universel qu'il était, serait ainsi révoqué *par l'aliénation de la chose léguée*, et sans pouvoir redevenir efficace par la nullité de cette aliénation, aux termes formels de l'article 1038, puisqu'alors l'objet de l'aliénation est bien *le patrimoine du jour du décès*, qui est aussi l'objet du legs, et qu'il y a bien ainsi aliénation de la chose léguée..... Ainsi, il ne fallait pas dire, comme le font les deux arrêts, que l'article 1038 est inapplicable au legs universel, il fallait dire tout simplement qu'il n'y avait pas eu aliénation de la chose léguée.

5. Ce même testament de la dame Delon avait été attaqué par l'héritier pour insanité d'esprit de la testatrice; et le demandeur, se fondant sur cette règle (incontestable, en effet, et admise avec raison par tous les auteurs) que l'énonciation faite dans l'acte par le notaire, *que le testateur était sain d'esprit*, n'empêche nullement de prouver la démence autrement que par l'inscription de faux, attendu que les notaires n'ont pas mission pour constater authentiquement l'état mental des disposants, le demandeur, disons-nous, croyait pouvoir conclure de là qu'il était permis de prouver de même, sans inscription de faux, toutes allégations relatives à la prétendue démence, quelles qu'elles pussent être.

Ainsi l'héritier demandait à prouver que la testatrice ne répondait jamais à propos, qu'elle ne pouvait lier deux idées ensemble, qu'elle ne pouvait faire le moindre raisonnement, ni

même articuler deux mots qui fussent entendus, et que cet état de démence et d'imbécillité avait été constant et sans aucun intervalle lucide..... Or il est bien certain que de telles allégations n'auraient pu se prouver qu'au moyen de l'inscription de faux. Ces allégations, en effet, donnaient un démenti à ces mentions de l'acte authentique que la testatrice avait dicté elle-même son testament au notaire tel qu'il était écrit, et qu'après lecture à elle donnée, elle avait déclaré le bien comprendre, y trouver l'expression exacte de sa volonté et y persister. Certes la véracité de ces mentions n'était pas compatible avec l'allégation de l'impossibilité, pour la testatrice, *de répondre jamais à propos, de lier deux idées, de faire le moindre raisonnement*, ni même *d'articuler des mots qui fussent entendus;* et comme ces mentions sont de celles que le notaire a mission de faire, à ce point que sans elles le testament serait frappé de nullité, on ne pouvait donc prouver ici que par l'inscription de faux.

Ainsi, il est bien vrai que l'héritier peut prouver, sans recourir à l'inscription de faux, que le testateur était en démence, et ce, alors même que le testament contiendrait la déclaration très-nette que *le disposant était parfaitement sain d'esprit* (attendu, encore une fois, que les notaires n'ont aucune mission pour constater l'état mental des personnes), mais il ne le peut qu'au moyen d'allégations qui n'aient rien d'incompatible avec celles des mentions de l'acte que l'officier public avait mission légale de faire. Quand il sort de sa mission légale, le notaire n'est plus qu'un simple particulier, et on peut dès lors combattre et détruire ses assertions par toute espèce de preuves; mais du moment qu'il s'agit des constatations qu'il est chargé de faire comme notaire, il est clair qu'en les démentant on dément un officier public parlant comme tel, on dément l'acte authentique dans sa substance même, et l'inscription de faux dès lors devient indispensable.

6. — (PARIS, 14 JUILL. 1851; *Devill.*, 52, 2, 26.) — Nous ne saurions approuver de même la solution du troisième et dernier arrêt relatif à cette matière des testaments, quoiqu'il soit rendu sous la présidence de M. le premier président Troplong. Cet arrêt décide que quand un testateur, dans un testament au-

thentique, se trouve dans l'impossibilité de signer l'acte, il faut à peine de nullité, non pas seulement qu'il soit fait mention dans l'acte de la déclaration du testateur de son impossibilité de signer et de la cause de cette impossibilité, mais aussi, et en plus, 1° qu'il soit donné lecture de cette mention au disposant, et 2° qu'il soit encore fait mention de cette lecture. Or c'est là, nous n'hésitons pas à le dire, ajouter arbitrairement à la loi, et créer de nouvelles causes de nullité en dehors de celles, bien assez nombreuses déjà, dont le Code a cru devoir entourer les testaments.

Les formalités exigées par la loi dans le testament authentique par les articles 972 et 973, formalités dont toute inobservation emporte la nullité de l'acte, aux termes de l'article 1001, sont : que le testament soit dicté par le testateur; qu'il soit écrit par le notaire ou l'un des notaires, tel qu'il est dicté; qu'il en soit donné lecture au testateur en présence des témoins; qu'enfin il soit fait mention de l'accomplissement de ces trois faits (art. 972); que si le testateur ne peut pas signer, il faut : que son impossibilité de signer soit déclarée par lui-même; et qu'il soit fait mention tant de sa déclaration de ne pouvoir signer, que de la cause qui l'en empêche (art. 973). Voici tout ce que demande la loi, elle n'exige rien autre chose ; *six* formalités sont ainsi exigées, et à peine de nullité d'après l'article 1001, pour le testament authentique que le testateur ne peut signer, savoir : 1° la dictée par le testateur; 2° l'écriture conforme par le notaire; 3° la lecture donnée par celui-ci; 4° la constatation de ces trois faits; 5° la déclaration du testateur de ne pouvoir signer; 6° enfin, la mention de cette déclaration et de la cause d'empêchement. Encore une fois, c'est là tout ce que demande la loi; et quand au lieu de ces six formalités on en exige huit, en demandant en plus *la lecture de cette dernière mention*, puis encore *la mention de la lecture de cette mention*, ce n'est plus appliquer la loi, c'est la refaire, c'est la corriger et l'augmenter, et l'augmenter de la manière la plus grave de toutes, en y ajoutant des nullités!

L'argumentation par laquelle l'arrêt essaye de justifier sa solution se réduit à ceci : « La mention que le testateur n'a pu

signer *fait partie du testament;* or l'article 972 exige qu'il soit donné au testateur lecture *du testament* et qu'il soit fait mention de cette lecture; donc la lecture et sa mention doivent porter sur cette mention d'impossibilité de signer comme sur le reste du testament. Il n'était dès lors pas nécessaire que l'article 973 exprimât, pour la mention de l'impossibilité de signer, la double nécessité de donner lecture de cette mention et de faire nouvelle mention de cette lecture de la mention; cette double nécessité se trouvait exprimée implicitement et à l'avance dans l'article précédent, et comprise dans la règle générale écrite pour l'ensemble du testament. Et en effet, ces rigueurs étaient nécessaires, dans un acte aussi grave, pour imprimer aux dernières volontés le sceau de la certitude; il fallait les appliquer à la déclaration de ne pouvoir signer aussi bien qu'au reste de l'acte. La lettre et l'esprit de la loi sont ainsi d'accord pour faire exiger ces deux formalités. »

Tout ceci n'a rien d'exact, et ni le texte ni l'esprit de la loi ne permettent le surcroît de rigueur et le luxe de nullités que l'on veut introduire ici..... L'article 972, dit-on, exige la lecture *du testament* et la mention de cette lecture. Oui, sans doute; mais qu'est-ce que cet article entend par *le testament?* est-ce l'ensemble complet de toutes les parties diverses de l'acte, c'est-à-dire non-seulement le corps de l'acte, mais aussi le préambule qui se met en tête de tout acte authentique, puis la signature ou la mention qui doit la remplacer, tout enfin? Assurément non; c'est seulement l'ensemble des dispositions, des volontés exprimées par le disposant, et on en trouve dans l'économie de la loi trois preuves pour une. D'une part, en effet, il s'agit là du testament *dicté* par le testateur, et *que le notaire doit écrire tel qu'il est dicté;* or le testateur ne *dicte* que ses volontés, il ne *dicte* pas sa signature quand il peut signer, ni la mention d'impossibilité quand il ne le peut pas : sans doute c'est lui qui doit déclarer cette impossibilité; mais ce n'est plus là une dictée, c'est la simple énonciation d'un fait matériel et actuel qui n'a rien de commun avec les dispositions, combinaisons et arrangements quelconques qui doivent être *dictés* par le testateur, *écrits* par le notaire, puis *lus* au premier par le second. Certes la signa-

ture de celui qui peut signer fait aussi bien partie de son testament que la mention d'impossibilité; or l'article 972 ne parle assurément pas d'elle, cette signature ne peut pas être *dictée* par le testateur, elle ne peut pas être *écrite* par le notaire, et l'article n'entend ainsi le mot *testament* que dans son sens restreint, pour signifier l'ensemble des dernières volontés, indépendamment des diverses parties qui n'en sont que l'entourage. C'est du testament *encore dépourvu de la signature ou de son équivalent* que parle exclusivement cet article 972; il ne s'occupe ni de ce qui peut précéder la dictée, ni de ce qui pourra la suivre; et par conséquent l'argument que l'arrêt a cru trouver dans le texte du Code lui échappe et se retourne contre lui. D'un autre côté, où donc s'arrêterait-on, avec la singulière théorie de l'arrêt? Qu'on y réfléchisse un peu, et on va voir qu'en entendant l'article 972 comme l'entend l'arrêt de Paris, le testament authentique, grâce aux deux dernières formalités de cet article 972, se trouverait un acte interminable, d'une rédaction impossible à finir, et tournant dans un cercle vicieux éternel. En effet, la mention de la lecture donnée au testateur, et qui constitue la quatrième et dernière formalité de cet article 972, fait aussi *partie du testament*. Donc il faudrait que cette mention fût lue au testateur comme le corps même de ce testament. Et maintenant, comme le fait de cette lecture devrait être mentionné, puisqu'il faut faire mention du tout, il faudrait donc faire en *second* lieu la mention de la lecture de la première mention; puis comme cette seconde mention ferait évidemment partie du testament, il faudrait donc encore en donner lecture, puis faire en troisième lieu mention de cette lecture, et ainsi de suite; en sorte que chaque lecture nécessitant une mention, puis chaque mention une lecture, on tournerait ainsi dans le cercle jusqu'à la fin du monde et au delà.

Quant à l'esprit de la loi, l'arrêt ne l'a pas mieux saisi que son texte. Autant, en effet, il était important de faire lire au testateur la rédaction des dispositions qu'il a dictées, autant il serait insignifiant de lui lire la mention de son impossibilité de signer. Car le notaire pourrait facilement, dans la dictée des dispositions, mal comprendre quelqu'une des idées du testateur,

que celui-ci, de son côté, pourrait avoir mal exprimées, tandis qu'il n'y a pas d'erreur ni de confusion possibles dans la déclaration par le testateur, et la constatation par le notaire, d'un fait matériel aussi simple que l'impossibilité de signer.

L'arrêt du 14 juillet 1851 est donc aussi contraire à la loi que le jugement dont il prononce l'infirmation lui était conforme; et c'est avec raison que la Cour de cassation ayant eu à statuer sur cette question en 1834, l'avait jugée dans le sens adopté ici par le tribunal de première instance.

7. — (REQ. 2 JUILL. 1851; *Dall.*, 52, 1, 20.) — Nous ne saurions approuver non plus un arrêt des requêtes du 2 juillet dernier, jugeant que le créancier peut, d'après l'article 1166, exercer les droits et actions de son débiteur, sans aucun besoin de s'y faire autoriser par la justice au refus du débiteur. Cette solution est conforme à un précédent arrêt de la chambre civile (23 janv. 1849); mais elle est contraire à la doctrine unanime des auteurs. Il est même à remarquer que M. Demante, qui, pour tous les points qui paraissent quelque peu controversables, pose seulement la question dans son livre (en réservant la solution pour ses leçons), dit ici nettement : « *Il faut bien se garder* » de voir là le pouvoir immédiat de se saisir des droits et actions » du débiteur..... *Il est évident* que l'exercice direct ne peut » passer aux créanciers, sans cession du débiteur, que par un ju- » gement. » (*Prog.*, t. II, n° 596.)

Dans ce conflit si profond entre la jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine, nous croyons que la vérité est du côté de cette dernière, et la nécessité d'une subrogation conventionnelle ou judiciaire nous paraît résulter soit des principes généraux, soit des traditions historiques.

Quand l'article 1166 permet au créancier d'exercer directement et par lui-même les droits de son débiteur, il n'édicte pas une règle isolée dans le Code; sa disposition n'est que l'application du principe général des articles 2092-2093, déclarant que quiconque s'oblige *oblige tous ses biens*, et que *tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers*. Les droits et actions d'un débiteur étant une partie de ses biens, ils répondent donc de ses dettes ni plus ni moins que ses autres biens, et le créancier n'a

dès lors ni plus ni moins de droits sur cette espèce de biens que sur toute autre espèce. Donc puisque le droit de gage imparfait conféré par les articles 2092-2093 ne donne au créancier que le droit de se faire autoriser par justice à prendre les biens pour s'en payer, cette faculté est donc la seule qui découle de l'article 1166 pour les droits et actions. La preuve que le législateur n'a vu là que ce qu'on y devait voir, c'est-à-dire l'application pure et simple du principe des articles 2092-2093, cette preuve se trouve dans l'exposé même des motifs, où on lit que « si les créanciers doivent être admis à agir directement, c'est que *celui qui contracte des dettes engage tous ses biens*. Aussi telle a toujours été la doctrine du droit romain et de notre ancien droit. A Rome, le créancier ne pouvait exercer les actions ou créances de son débiteur qu'en obtenant la permission du juge ou du président de la province (L. 2, cod., *Quando fiscus;* Dig., L. 15, *De re judic.*). Pothier, en analysant ces règles dans ses Pandectes, les présentait comme chose toute naturelle. Lebrun dit de même que « le créancier peut exercer les droits de son débi» teur, *et se faire subroger à cet effet* » (*Succ.*, liv. II, ch. 2, sect. 2, 42). Enfin, Denisart explique que « les droits et actions » *faisant partie des biens*, les créanciers peuvent exercer ceux » qui appartiennent à leur débiteur, *ce qui s'opère par une es» pèce de subrogation* » (v° *Créance*, § 2, 7). Et ce qui prouve que les rédacteurs mêmes du Code entendaient bien reproduire cette idée par l'article 1166, c'est que M. Maleville indique, comme commentaire de cet article, les deux lois romaines citées plus haut et la section ci-dessus de Lebrun.

8. — (NÎMES, 14 AOUT 1850; *J. P.*, 1852, 1, 19.) — C'est au contraire un arrêt parfaitement juridique que celui rendu par la Cour de Nîmes, le 14 août 1850, sur une question de bail à colonage, et par lequel nous terminerons cet examen doctrinal.

C'est une question sur laquelle on a longtemps discuté, que celle de savoir si le bail à colonage, ou bail à métairie, constitue un louage ou une société; et la Cour de Limoges, par deux arrêts de 1839 et 1840, tenant que le bail n'était qu'une société, en avait conclu que la disposition de l'article 1733, qui édicte contre tout locataire, en cas d'incendie de la chose louée, une

présomption de faute qui dispense le propriétaire de la preuve à faire, n'était point applicable au colon ou métayer. L'article 1733, disait-elle, est une disposition rigoureuse qui ne doit pas recevoir d'extension; or elle n'est faite que pour le louage, et puisque le bail à métairie n'est point un louage, mais une société, elle ne saurait donc s'appliquer à lui.

C'était une erreur. Le bail à colonage est louage et société tout à la fois; et s'il ne faut pas dire avec M. Duvergier (*Louage*, t. I, n° 99) que c'est un véritable bail à ferme, on ne peut pas non plus y voir exclusivement une société. C'est un contrat mixte, qui participe de la nature des deux autres, et on serait surtout mal venu à repousser ici l'idée de louage, aujourd'hui que la loi, qui avait bien le droit de dire aussi son mot dans cette dispute des vieux docteurs et de jeter son poids dans la balance, a cru devoir faire dominer l'idée de louage et placer dans le titre même du louage le contrat qui nous occupe. C'est, en effet, ce qu'a reconnu plus tard, en 1848, la Cour de Limoges elle-même, et ce que décide ici l'arrêt de Nîmes, en jugeant avec raison que le colon est locataire, qu'il est évidemment, comme tout autre locataire, dans l'obligation de restituer la chose au bailleur ou de prouver le cas fortuit qui le dispense de restituer, et que par conséquent il est soumis, comme tout autre, à la règle de l'article 1733 [1].

V. MARCADÉ.

[1] Limoges, 21 févr. 1830; Limoges, 6 juill. 1840; Limoges, 26 août 1848 (Dev., 39, 2, 406; 41, 2, 167; 49, 2, 321).

Cette question et celles qui s'y rattachent sont traitées, avec examen des arrêts récents et des opinions contradictoires des auteurs, dans notre commentaire *du Louage* (art. 1733 et 1763), actuellement sous presse pour être mis en vente à la fin de juin. Ce commentaire, avec ceux *de l'Échange* et *de la Vente* et leurs résumés, formera la fin de notre tome VI.

DE LA CONTRIBUTION

Du légataire universel aux dettes de la succession, lorsqu'il est en concours avec un ou plusieurs héritiers à réserve.

Par M. NICIAS-GAILLARD,
(Premier avocat général à la Cour de cassation.

La Cour de cassation a jugé, le 13 août 1851, en cassant un arrêt de la Cour d'Agen, que le légataire universel, en concours avec un héritier à réserve, est tenu indéfiniment sur ses propres biens, en d'autres termes, *ultra vires emolumenti*, de la part qui lui incombe dans les dettes de la succession. Cet arrêt a attiré l'attention des jurisconsultes; il méritait en effet d'être remarqué, tant à cause de l'importance de la solution qu'il consacre, que par le soin avec lequel il est rédigé. Du reste, il n'a point mis fin à la controverse; approuvé par deux de nos principaux arrêtistes, MM. Dalloz et Villeneuve (D., 1851, 1, 281; — S., 51, 1, 653), il a été combattu, à deux reprises, dans la *Revue critique de la jurisprudence* (février et mars 1852, p. 167 et suiv., p. 197 et suiv.), notamment par M. Marcadé, l'un des hommes de notre temps qui ont écrit sur le droit civil avec le plus de succès. J'avais conclu dans le sens de l'arrêt. Je ne puis jamais m'attribuer qu'une bien faible part dans les décisions de la Cour, et ce n'est point à moi à en répondre; j'ai voulu pourtant, en ce qui me regarde, vérifier autant qu'il serait en moi, par un nouvel examen, si je ne m'étais point trompé, comme souvent il m'arrive. Je dois dire que cette seconde épreuve n'a point changé mes convictions. N'ai-je fait que persister de bonne foi dans une erreur? La chose est possible; on en jugera par mes motifs. J'ai demandé qu'il me fût permis de les exposer dans le recueil même où cette doctrine avait été combattue, recueil vraiment utile, au succès duquel tous ceux qui s'occupent sérieusement de jurisprudence devraient se regarder comme intéressés.

Je voudrais, avant tout, reconnaître et circonscrire le terrain de la discussion.

La Cour de cassation a cité, à l'appui de la solution que consacre son arrêt, l'article 1002 du Code Napoléon; MM. Marcadé et Berriat Saint-Prix (dissertation citée plus haut) invoquent, au contraire, cette disposition comme décisive en faveur de leur opinion. Je crois, quant à moi, que des deux parts on s'en est exagéré l'importance, ceux-là surtout qui y ont placé le siége principal de la discussion et comme le *nœud de la bataille.*

Que dit en effet l'article 1002? Après avoir rappelé les divers modes de dispositions testamentaires, il ajoute : « Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet *suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel et pour les legs particuliers.* » On le voit, cet article ne décide rien par lui-même; il *n'établit pas de règles*, il renvoie à celles qui *seront établies ci-après.* Il faut donc les attendre, ces règles, ou les aller chercher là où elles sont. Ce que nous voyons dès à présent d'une manière bien claire, c'est qu'elles ne se trouvent pas dans une disposition qui se borne à les annoncer et à y renvoyer.

On pose la question ainsi : *L'article* 1002 *assimile-t-il les légataires aux héritiers institués? ou bien plutôt n'assimile-t-il pas les héritiers institués aux légataires?* Je répondrai qu'il fait les deux choses à la fois, et qu'il avait en vue précisément d'effacer les anciennes différences de mots, pour qu'il ne restât plus que le fond des choses, à savoir la volonté du testateur, libre désormais de s'exprimer sous quelque qualification qu'il lui plairait.

Mais voici la différence, prétend-on. L'ancienne institution d'héritier, il n'en est resté que le nom; la seule chose qui soit demeurée en réalité, ce sont les legs, avec la distinction nécessaire entre les legs universels, les legs à titre universel et les legs particuliers. Le testateur, dans notre droit nouveau, ne peut plus faire, quoi qu'il dise, que des légataires; la loi seule fait les héritiers, et l'on cite les observations du Tribunat, sur la proposition duquel l'article 1002, tel qu'il existe aujourd'hui, a été introduit dans la loi.

Nous en demandons bien pardon, mais nous ne saurions voir dans tout cela qu'un malentendu. L'article 1002 n'a pas traité les institutions d'héritier moins favorablement que les legs, puisqu'il les met absolument sur la même ligne : legs et institutions d'héritier, pour lui c'est tout un. Il ne s'occupe des dispositions testamentaires que par rapport au nom, et encore n'est-ce que pour déclarer ce nom indifférent. Quant aux effets, cela ne le regarde pas. D'autres articles vont venir qui détermineront ces effets; il y renvoie.

Reconnaître dans ce que l'article 1002 dit de l'institution d'héritier, en même temps que le maintien du nom, l'abandon ou la condamnation de la chose, c'est ce qui nous semble impossible. On induit cette intention de ce qu'il y est dit que les dispositions testamentaires, même à les supposer faites sous le nom d'institution d'héritier, produiront leurs effets suivant les règles établies pour les legs. L'institution d'héritier, soumise dans ses effets à toutes les règles des legs, n'est plus elle-même qu'un legs, dit-on; car comment juger des choses et les qualifier, si ce n'est par leurs règles et par leurs effets, bien mieux que par leurs noms? — Nous répondons : Sans doute l'institution d'héritier, que la loi se contente de nommer ici, ne sera et ne vaudra que comme elle aura soin bientôt de le dire; la loi annonce même dès à présent que la manière d'être et de valoir de l'institution d'héritier sera la même que celle des legs; mais ce qu'il en sera des legs eux-mêmes, elle ne le dit pas encore. L'assimilation des deux modes de dispositions, quant à leurs effets, ne prouve rien tant qu'on ne sait pas quels seront ces effets. On raisonne comme si les legs avaient des effets nécessaires par rapport à l'assujettissement plus ou moins onéreux aux dettes du défunt, de telle sorte que ce fût décider par avance que le successeur testamentaire ne sera pas tenu *ultra vires*, que de lui reconnaître seulement, sous quelque nom que l'eût appelé le défunt, la qualité de légataire universel. Mais il n'en est pas ainsi, et c'est là peut-être qu'est la principale cause de l'erreur que nous combattons. Les effets des legs ne sont pas commandés à ce point par la nature de la disposition, et il n'est point essentiel à la qualité de légataire universel que celui qui en est revêtu ne soit tenu des dettes de la suc-

cession que jusqu'à concurrence de son émolument. C'était un point que la loi nouvelle avait à régler, comme tous les autres; et elle pouvait aussi bien soumettre le successeur testamentaire aux charges *ultra vires* sous le titre de *légataire universel*, que sous celui d'*héritier institué*.

Autrefois, il est vrai, il en était autrement. Comme il y avait deux modes de dispositions fort distincts, d'effet comme de nom, les institutions d'héritier et les legs, chacun avait ses règles propres, et elles étaient différentes et même contraires en beaucoup de points : elles l'étaient notamment quant à la contribution aux dettes, l'héritier institué étant tenu indéfiniment, le légataire universel ne l'étant que dans la proportion de ce qu'il amendait dans la succession. On conçoit qu'alors renvoyer aux règles *des legs*, c'eût été exclure sur beaucoup de points les règles de l'*institution d'héritier*. Mais telle n'était plus la situation pour l'article 1002. Il commençait par effacer toute distinction entre les institutions d'héritier et les legs : les deux manières seraient également bonnes, et les effets toujours les mêmes; ces effets, ce seraient ceux déterminés *suivant des règles* qui seraient *établies* plus tard. Ce n'était donc pas chose faite, mais chose à faire; et quant à ce qui était dit que ces règles étaient celles qui allaient être établies pour *les legs*, cela ne prouvait rien, puisque les règles des legs ne seraient que ce que le législateur allait les faire; que ce mot même de *legs*, indifféremment pris par la loi pour *institution d'héritier*, ne distinguait plus deux choses désormais confondues, et qu'il était bien entendu, même formellement déclaré, que si dans les articles qui allaient suivre on ne lisait plus que le mot *legs*, *legs universel*, par exemple, au lieu de ces deux qualifications toujours accolées dans les premières rédactions : *légataires universels ou héritiers institués*, c'était seulement pour ne pas *se répéter* (Jaubert, *Rapp.;* Locré, p. 470), et parce qu'on le trouvait plus *commode* (Tribunat, *Observ.;* Locré, p. 324).

Mais on n'admet pas cette explication. Nos adversaires rejettent toute idée de transaction; ils veulent absolument qu'il y ait eu bataille. Le vainqueur, c'est le droit coutumier! « Le Code, dit M. Marcadé (*loc. cit.*), *a fait son choix entre le droit écrit et*

le droit coutumier, et c'est celui-ci qui *a été admis, à l'exclusion de l'autre.* » L'article 1002 n'existait pas dans le projet; c'est le Tribunat qui l'a proposé et fait admettre. Mais voici comment il l'a lui-même expliqué : « Il est à propos de laisser subsister la dénomination d'héritier, qui est en si grand usage... Mais en même temps, il est convenable d'annoncer *bien précisément* qu'il n'y aura désormais aucune différence entre la dénomination d'héritier et celle de légataire, *et que tous les effets particulièrement attachés par la loi romaine au titre d'*HÉRITIER *sont entièrement détruits!* »

Voilà l'argument : il n'est pas sans valeur, mais je crois qu'on s'en en exagère singulièrement l'importance. La disposition que proposait le Tribunat existait en partie dans l'article 967. De cet article on pouvait déjà induire que les institutions d'héritier et les legs, autorisés indifféremment par la loi, s'accorderaient dans leurs effets. Peut-être pourtant n'était-il pas sans utilité de le déclarer en tête des articles relatifs aux divers modes de dispositions testamentaires. Déjà le projet communiqué au Tribunat avait une section (la section 3) intitulée : *De l'institution de l'héritier et du legs universel*, et le premier article de cette section (l'article 114 du projet) portait : « L'héritier institué et le légataire universel auront les mêmes droits et seront sujets aux mêmes charges. » Le Tribunat pensa qu'il convenait d'exprimer *plus précisément* qu'il n'y aurait désormais aucune différence entre la dénomination d'héritier et celle de légataire, et de le dire non pas seulement quant au legs universel, mais même par rapport à tous les legs. Il proposa donc d'introduire dans le projet une section préliminaire qui serait intitulée : *Des institutions d'héritier et des legs en général*, et de la composer d'un article unique qui expliquerait que les trois genres de dispositions testamentaires : universelles, à titre universel, à titre particulier, produiraient les mêmes effets, soit qu'elles eussent été faites sous la dénomination d'institution d'héritier, soit sous celle de legs. Cette proposition fut adoptée, et c'est aujourd'hui l'article 1002. Voilà son histoire.

Considérée dans son texte, cette disposition, nous croyons l'avoir prouvé jusqu'à l'évidence, ne décide aucunement notre

question. Dire de deux choses que les effets en seront les mêmes, ce n'est point dire encore quels seront ces effets. Ce serait donc l'origine de l'article qui en ferait l'importance; ce serait cette *idée principale* qu'a entendu y consigner le Tribunat, *que tous les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier seraient entièrement détruits?* Il ne paraît pas douteux le moins du monde que lorsque le Tribunat s'exprimait ainsi, il n'avait aucunement en vue la question de savoir dans quelle mesure le légataire universel contribuerait aux dettes et charges de la succession. Autrement, comment aurait-il laissé passer sans observations l'article 1009, spécial à la question, article qui lui arrivait rédigé tel qu'il l'est à présent, et qui, conçu dans un esprit que l'on suppose modifié par l'innovation du Tribunat, aurait eu besoin lui-même sans doute de modifications, tout au moins d'explications? Mais enfin, à supposer que la doctrine que nous combattons dût être une conséquence, prévue ou non, de l'*idée principale* que la section de législation du Tribunat attachait à sa proposition, il faudrait aussi que ce fût dans cet esprit et avec *cette idée* que la proposition eût été adoptée. Or c'est ce qui ne résulte pas du tout des discours des orateurs du gouvernement; il en résulterait plutôt tout le contraire. On peut voir notamment le rapport de M. Jaubert (Locré, t. XI, p. 468). « Le projet de loi, y est-il dit, n'entend prescrire aucune dénomination. Il sera permis d'employer indistinctement les termes d'institution d'héritier ou de legs. On pourrait même n'employer ni les uns ni les autres. *On n'aura plus à s'occuper de cette ancienne maxime des pays de droit écrit : Institutio hæredis est caput et fundamentum totius testamenti*... Il importe peu à la loi que l'homme dise qu'il nomme un tel héritier, ou qu'il dise qu'il le nomme légataire universel... La loi ne s'attachera avec raison qu'à l'idée du testateur, à la nature de la disposition. LE SEUL *sacrifice que les pays de droit écrit aient à faire dans cette occasion, c'est celui de l'ancienne règle : Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest.* Autrefois, en effet, si un testament ne contenait qu'une institution d'héritier dans une chose particulière, cet institué prenait l'entière succession, malgré la limitation, à cause de la règle que nul ne peut décéder partie *testat*

et partie *intestat*. Il ne faut voir que la volonté expresse de l'homme; et comme, dans l'acception ordinaire, le mot *héritier*... désigne celui qui doit succéder à tous les biens, il sera assimilé au légataire universel qui, dans l'acception ordinaire, est aussi appelé à recueillir tous les biens disponibles. (De son côté) le légataire universel sera assimilé à l'héritier. Ainsi l'institution d'héritier vaudra autant que le legs universel, et le legs universel autant que l'institution d'héritier [1]. »

Voilà certes des explications fort catégoriques, mais aussi fort peu d'accord avec ce que disent nos adversaires, et, selon eux, le Tribunat. Que devient cette prétention, que dans l'article 1002 la loi assimile l'héritier institué au légataire universel, mais non point le légataire universel à l'héritier institué, en présence des paroles du tribun Jaubert, qui dit précisément le contraire? Mais surtout comment concilier l'observation de la section de législation du Tribunat, *que* TOUS *les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier sont entièrement détruits*, avec ce passage du discours de M. Jaubert parlant au nom de cette même section de législation du Tribunat : « *Le* SEUL *sacrifice que les pays de droit écrit aient à faire dans cette occasion, c'est celui de l'ancienne règle : Nemo pro parte testatus*, etc.? »

Je crois pourtant qu'il ne serait pas impossible de concilier *l'observation* avec *le discours*, et de prouver que l'*idée principale* du Tribunat ne va pas, il s'en faut bien, aussi loin qu'on le suppose; mais enfin, sans s'attacher plus longtemps à faire ressortir les contradictions, ou sans entreprendre de rétablir le bon accord, ces *observations*, ce *discours*, ce n'est pas la loi. La loi, c'est l'article 1002, non plus dans les travaux préparatoires qui se contredisent, mais dans son texte même, qui est fort simple et fort clair. Or lui-même ne dit que ce qu'il dit, et il ne dit rien sur notre question, puisqu'il se borne à renvoyer aux *règles établies ci-après*.

Le siége de la question, c'est l'article 1009 du Code civil.

Il y a deux choses dans cet important article : *ce dont le léga-*

[1] Il y a dans Locré : « Autant que le legs particulier, » ce qui est une erreur évidente. Le sens commande les mots que nous avons rétablis.

taire universel est tenu, et *la manière dont il en est tenu*, c'est-à-dire la nature de l'obligation qu'il contracte, le caractère et la portée de l'action à laquelle il est soumis. Sous le premier rapport, il est tenu pour sa *part et portion ou pour le tout;* sous le second rapport, il est tenu *personnellement* ou bien *hypothécairement*. En tant que tenu pour le tout il ne l'est qu'*hypothécairement*, mais en tant que tenu pour sa part et portion il l'est *personnellement*.

Voilà la grande différence entre la condition actuelle du légataire universel et sa condition d'autrefois, aussi bien dans le droit écrit que dans le droit coutumier. Le légataire universel était-il tenu *personnellement* avant le Code civil? Pothier (*Des successions*, ch. 5, art. 3, n° 1) dit expressément le contraire : « A l'égard des donataires et légataires universels, du roi, etc., toutes ces personnes ne sont tenues des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. *La raison en est* que toutes ces personnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens. *Ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens;* ILS N'EN SONT POINT DÉBITEURS PERSONNELS. *Or c'est un principe que quand on n'est tenu de quelque dette qu'à raison d'une chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.* » Et cela est écrit partout [1]. Telle était même, nous venons de le voir dans Pothier, l'unique raison pour laquelle le légataire universel n'était tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de son émolument. L'action que les créanciers de la succession avaient contre lui, action qui n'existait même pas d'abord, mais que « nos ancêtres, plus indulgents et moins subtils » (Rép., *loc. cit.*), avaient laissé s'introduire, n'était qu'une action *ob rem*, ainsi que le disait Ricard (*loc. cit.*). Et c'était pourquoi, lorsque le légataire était évincé des biens qu'il avait recueillis dans la succession, ou que volontairement il les abandonnait,

[1] *V.* notamment le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, § 7, art. 1, nos XIII et XV : « Il résulte de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un légataire universel n'est point tenu *personnellement* des dettes du défunt. Ainsi, il ne confond point ses créances, etc. »

l'action que les créanciers avaient contre lui cessait absolument.

Quelquefois cependant il arrivait qu'on qualifiait cette action de *personnelle*, mais improprement; et l'on s'empressait alors d'ajouter comme Lebrun (*Des successions*, liv. IV, chap. 2, sect. 1, n° 3), que c'était une action personnelle *imparfaite*, et imparfaite précisément en ce que le légataire universel n'était pas obligé aux dettes au delà des forces de son legs.

Mais aujourd'hui, c'est d'une manière absolue que la loi dit du légataire universel qu'il est *tenu personnellement*. « C'est une action personnelle *parfaite* » (Toullier, t. IV, n° 920). Or ce que c'est, dans la vérité de l'expression, qu'une obligation personnelle, sa nature, son étendue, ses effets, c'est ce que nous nous reprocherions d'expliquer ici. On le sait, ou bien l'on ignore les premiers éléments du droit civil. Dans tous les cas, il suffirait de citer l'article 2092 C. civ. : « Quiconque *est obligé personnel-* » *lement*, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens » mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » C'est ainsi qu'est obligé le légataire universel, par cela même qu'il est obligé *personnellement;* car il n'y a point à distinguer entre les obligations personnelles qui naissent des contrats et celles que la loi attache à l'acceptation d'une succession ou d'un legs universel. « Is qui miscuit se (hæreditati), contrahere videtur. » (L. 4, ff., *Quib. ex causis in possess.*)

Il y a un autre moyen, tout aussi simple, de déterminer l'étendue des obligations du légataire universel : c'est, sans considérer et qualifier ces obligations à part, de montrer que le légataire universel est obligé de la même manière que l'héritier légitime. Or il suffit, pour cela, de rapprocher de notre article 1009 l'article 873 du Code civil : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, *personnellement pour leur part et portion virile*, *et hypothécairement pour le tout.* » C'est littéralement (sauf le mot *virile*, qui est de plus ici, mais qui a trait *à ce dont* l'héritier *est tenu*, et non point *à l'action* en vertu de laquelle *il en est tenu*, et qui d'ailleurs n'ajoute rien au sens) la disposition de l'article 1009 [1]. Or aucun doute ne

[1] Cette assimilation était encore plus apparente, elle était même tout à fait explicite dans le projet de la commission nommée en l'an VIII. L'article 108, titre 9,

peut s'élever par rapport à l'héritier; il est bien certain qu'il est tenu indéfiniment des dettes du défunt. C'est même là ce qui constitue la différence essentielle qu'on prétend exister entre sa condition et celle du légataire universel. Reste à expliquer, dans ce système, comment les mêmes mots, employés par rapport au même objet, peuvent exprimer des choses contraires.

Cet article 873 fournit pourtant une objection à nos adversaires. De ces mots qui terminent l'article : « sauf le recours (le recours des héritiers) soit contre leurs cohéritiers, *soit contre les légataires universels*, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer, » ils tirent la conséquence que ce n'est pas contre le légataire universel que l'action est donnée aux créanciers du défunt, mais contre l'héritier.

Nous répondons d'abord que lors même que cette disposition pourrait être interprétée ainsi, cela ne ferait rien à la question que nous discutons en ce moment. Il en résulterait bien que les créanciers devraient s'adresser d'abord à l'héritier, et que celui-ci serait tenu directement, même de la part des dettes correspondant à la part pour laquelle le légataire universel est fondé dans les biens; mais sauf, en cela, *son recours* contre le légataire universel. Or il importerait peu, pour notre question, que celui-ci fût tenu par la voie principale ou par voie de garantie; cela ne changerait rien à la nature, mais surtout à l'étendue et à la portée de l'action. Cette action n'en resterait pas moins personnelle parce que ce serait l'héritier, engagé lui-même personnellement, qui l'exercerait, et non pas le créancier. Le résultat serait toujours le même. Il y aurait retard et circuit d'actions, voilà toute la différence, du moins quant au légataire universel; car, pour l'héritier, il est sensible qu'il pourrait y perdre, et beaucoup. Si le légataire universel dissipait ce qu'il aurait recueilli dans la succession et devenait insolvable, le recours exercé contre lui serait

conforme à l'article 102 du projet de *Jacqueminot* (Fenet, t. I, p. 385) portait : « Le légataire à titre universel (ces premiers projets ne distinguaient pas entre le le legs *universel* et le legs *à titre universel*) est tenu, *comme l'héritier*, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, des dettes et charges du donateur. » Cette rédaction était encore celle que présentait M. Bigot-Préameneu à la séance du 26 ventôse an XI. (Fenet, t. XII, p. 381 et 385.)

illusoire. Mais pour rester ainsi inefficace, l'action n'en garderait pas moins son caractère. Exercée plus tôt ou plus tard, directement ou par voie de recours, utilement ou sans fruit, ce serait toujours une action *personnelle;* le légataire universel resterait obligé sur tous les biens.

Mais, en réalité, cette seconde partie de l'article 873 n'a aucun trait à notre question; c'est dans la première qu'elle se trouve résolue par rapport à l'héritier légitime, et nous avons vu quelle conséquence il y avait à en tirer en ce qui regarde le légataire universel. Ce qu'ajoute la seconde disposition s'explique par ce que vient de dire l'article, *que l'héritier était tenu des dettes et charges* HYPOTHÉCAIREMENT POUR LE TOUT. C'est surtout pour cet excédant, qu'il peut être obligé de payer au delà de sa portion virile sur les immeubles héréditaires détenus par lui, qu'un recours lui est donné tant contre le légataire universel que contre ses cohéritiers, à raison de la part pour laquelle chacun d'eux doit y contribuer [1]; il y a même d'autres cas de recours, indépendamment de l'action hypothécaire. (*V.* Toullier, t. IV, nos 519 et 554, et Pothier, *Des successions*, ch. 5, art. 3, § 11.) Mais tout cela est étranger à notre question; et pour en donner une autre preuve, ne suffit-il pas de remarquer que ce recours accordé aux héritiers contre le légataire universel, la loi le leur accorde de même, et dans des termes semblables, contre leurs cohéritiers? Or ceux-ci apparemment sont bien tenus *ultra vires*. Il n'est pas possible de distinguer entre les héritiers du sang, suivant que les créanciers se sont montrés plus ou moins pressés d'agir contre certains d'entre eux; leur condition, en définitive, est égale. Il n'y a donc non plus aucune conséquence à tirer de la seconde disposition de l'article 873, en ce qui regarde le légataire universel.

Une autre objection nous étonne : c'est celle que l'on tire de ces mots de l'article 871 : « Le légataire à titre universel con-

[1] C'est ce qu'expliquait par avance l'article 196, titre *des successions*, du projet de Code civil présenté par la commission de l'an VIII, article littéralement conforme à l'article 192 du projet de Jacqueminot; il y était dit : « A l'égard du cohéritier ou successeur à titre universel qui, *par l'effet de l'hypothique*, a été contraint de payer au delà de sa part de la dette commune, il n'a de recours contre ses héritiers ou successeurs à titre universel, que, etc. »

tribue, avec les héritiers, *au prorata de son émolument*, » ce qui est vrai tout aussi bien du légataire universel. Mais pour l'un comme pour l'autre, que signifie cette expression : le légataire (universel ou à titre universel) contribue *au prorata de son émolument?* Cela veut dire qu'il a dans les dettes et charges de la succession une part proportionnelle à celle qu'il a dans les biens et droits de la succession, absolument comme les héritiers légitimes, de qui la loi vient de dire, dans l'article 870, qu'ils contribuent au payement des dettes et charges de la succession, *chacun dans la proportion de ce qu'il y prend.* Mais si c'est là la mesure de l'obligation des uns et des autres quant à la quote-part dont ils sont débiteurs, ce n'est nullement, pas plus pour les uns que pour les autres, la détermination de la nature et des limites de cette obligation quant à savoir sur quels biens et jusqu'à concurrence de quels biens ils en peuvent être tenus, ou, ce qui revient au même, quant à savoir si l'obligation est personnelle, ou seulement à *raison de la chose.* Héritier ou légataire d'un quart, je devrai payer un quart des dettes; d'une moitié, une moitié; du tout, le tout; la même proportion continuant toujours d'exister entre ce que je dois et ce que j'ai reçu. Mais quant à la question de savoir comment et jusqu'à quel degré je serai tenu de cette part des dettes et charges qui m'incombe, si j'en serai tenu seulement jusqu'à concurrence de ce que je reçois, ou bien d'une manière absolue et sur tout ce qui m'appartient, cela n'est réglé ni par l'article 870 pour l'héritier légitime, ni par l'article 871 pour le légataire universel ou à titre universel. C'est dans les articles 873, 1009 et 1012 que se trouve la solution.

Il y a d'autres difficultés de détail; plutôt que de les suivre plus longtemps, arrêtons-nous ici pour considérer la question de plus haut et dans son ensemble.

Un point qui n'était pas contesté dans la cause sur laquelle a statué l'arrêt du 13 août 1851, et qu'en effet nous eussions volontiers supposé incontestable, c'est que le légataire universel est tenu *ultra vires* quand il n'y a pas d'héritier à réserve et qu'ainsi il se trouve saisi de plein droit de toute la succession. Cela même, nous devons le reconnaître, n'est pourtant pas admis

par tout le monde. Parmi nos adversaires, il en est qui portent le zèle pour le légataire universel jusqu'à l'affranchir de toute obligation personnelle, même dans ce cas, et il est vrai que de savants professeurs enseignent cette doctrine. (*V.* Mourlon, *Répétitions écrites sur le 2e examen du Code civil.*) Nous ne la combattrons point ici : le temps et l'espace nous manqueraient; nous dirons seulement qu'elle n'est pas conforme au sentiment commun, nous bornant à ajouter que la question que nous examinons suppose cette autre question résolue, et résolue dans le sens contraire à celui dont nous venons de parler. Décider que le légataire n'est tenu qu'*intra vires*, même alors que personne ne lui fait concurrence et que tout est à lui de plein droit, cela équivaut à décider qu'il n'est jamais tenu qu'*intra vires*, car quel autre cas serait plus favorable à l'action personnelle? Quand serait-ce que la condition de l'héritier testamentaire se rapprocherait davantage de celle de l'héritier légitime, saisi de plein droit des biens, droits et actions du défunt (art. 724), mais sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession? Bien évidemment du moins, ce ne serait pas dans le cas où la présence d'héritiers réservataires réduit le légataire universel à une part dans la succession, et que, privé de la saisine, il lui faut demander la délivrance. Lors donc qu'on examine si le légataire universel, en concours avec un héritier à réserve, est tenu des dettes au delà de son émolument, on suppose qu'il en serait ainsi tenu tout au moins si ce concours n'existait pas. L'*a fortiori* est évident. Reste à savoir en quoi les deux cas peuvent différer, et quelle est la portée de ces différences en ce qui a trait à la question particulière.

Or deux effets principaux distinguent les deux situations : nous les avons déjà indiqués; il faut les considérer de plus près. Le premier, qui est matériel et sensible, c'est que, dans un cas, le légataire universel n'a de la succession que ce que les héritiers préférés par la loi lui en laissent, tandis que, dans l'autre, tout est à lui. Le second, c'est qu'il est obligé de demander la délivrance aux héritiers à réserve, tandis qu'il serait lui-même saisi de plein droit s'il n'en existait pas (art. 1004 et 1006 C. civ.). Quelle influence ces différences peuvent-elles avoir sur la mesure

dans laquelle le légataire universel contribue aux dettes de la succession? C'est ce qu'il s'agit d'examiner.

Il est d'abord évident que le plus ou le moins dans la valeur ou l'importance du legs n'y sauraient rien faire. Le légataire universel n'est jamais tenu que proportionnellement à ce qu'il recueille. S'il existe un héritier à réserve qui retienne le quart, je suppose, des biens du défunt, le légataire universel aura un quart de moins à sa charge dans les dettes de la succession; pareillement, si la réserve est de la moitié ou des trois quarts. C'est ce que Pothier explique avec sa clarté ordinaire pour l'héritier du sang, suivant qu'il est héritier pour le tout ou pour partie. (*Des successions*, chap. 5, art. 3, § 1.) Il en est de même pour le légataire universel : il doit plus ou moins, suivant qu'il prend ou reçoit plus ou moins; mais il est toujours tenu de ce qu'il doit de la même manière.

Voilà pour la première différence; en est-il autrement de la seconde?

L'héritier légitime est saisi de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724); le légataire universel est de même saisi de plein droit, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité des biens soit réservée par la loi (art. 1006). Assimilé, dans ce cas, à l'héritier du sang pour les avantages, il est juste et conséquent qu'il le soit aussi pour les charges. Au contraire, existe-t-il un héritier à réserve, le légataire universel n'est pas saisi par la loi : il est tenu de demander la délivrance, de la demander à l'héritier à réserve. Dès lors il ne doit plus avoir les mêmes charges, n'ayant plus les mêmes droits. Placé par rapport à l'héritier dans une condition d'infériorité et de dépendance, l'égalité consisterait-elle donc pour lui à donner autant quand il recevrait moins?

Voilà ce que l'on dit, et d'abord il y paraît un semblant d'équité; mais bientôt on reconnaît que ce système ne serait pas plus équitable qu'il n'est juridique.

Admettons-le un instant, par hypothèse; qu'arrivera-t-il? Ou bien que les créanciers du défunt n'auront plus d'obligé personnel, sauf le réservataire, qui dans ce cas ne sera obligé que jus-

qu'à concurrence de sa réserve; ou bien qu'il y aura un obligé personnel, tenu pour le tout au delà des forces de la succession, mais qui ne pourra se trouver alors que parmi les héritiers, soit l'héritier à réserve, soit celui qui ne l'est pas.

Dans le premier cas, les créanciers, réduits à l'actif héréditaire, seront privés d'une partie du gage que leur promettait la loi, et l'on ne voit pas comment il deviendra juste de les faire souffrir des dispositions prises par leur débiteur pour régler le sort de sa succession. S'il fût mort *intestat*, la fortune de ses héritiers, aussi bien que la sienne propre, eût été affectée de plein droit à ses dettes; et voilà que parce qu'il lui a plu d'instituer un légataire universel, le gage de ses créanciers est réduit à ce que lui-même possédait de son vivant! Il lui est donc loisible de défaire, aussi en cela, l'œuvre de la loi? Le testateur a pouvoir contre ses héritiers, mais le débiteur n'a pas pouvoir contre ses créanciers. Obligé envers eux indéfiniment, ceux qui lui succéderont seront obligés de même; il n'y peut rien changer.

Il faut donc bien qu'il y ait un débiteur personnel responsable envers les créanciers, sur ses propres biens, de toute la portion correspondante à la portion disponible des biens de la succession. Eh bien! qui sera-ce? l'héritier non réservataire? Mais il est exclu, d'une part, par l'héritier à réserve, par le légataire universel d'autre part. Comment pourrait-il être tenu d'une portion quelconque dans les dettes, quand il n'en a aucune dans les biens? Ce sera donc le réservataire, et non pas seulement, comme il est juste, au *prorata* de sa réserve, mais pour toutes les dettes de la succession? Ici la difficulté revient. Il doit, lui, mais parce qu'il reçoit; il ne doit donc qu'en proportion de ce qu'il reçoit. Comment, n'ayant que la quotité non disponible, aurait-il les charges de cette quotité et en même temps celles de toute la quotité disponible? Et le moyen de concilier cela, en équité et en droit, avec l'article 870, qui ne fait contribuer les cohéritiers au payement des dettes et charges de la succession que chacun dans la proportion de ce qu'il y prend! car enfin, les *héritiers à réserve* sont bien d'abord des *héritiers*. Serait-ce donc le privilége de la réserve de se trouver pour ainsi dire sur le chemin de la transmission des biens, pour les décharger

des dettes et les faire arriver quittes de toutes charges à leur heureux destinataire? La loi lui aurait fait là une singulière faveur!

A la vérité, l'héritier, à réserve ou non, aura son recours; mais déjà nous nous sommes expliqué à cet égard. Le résultat, un instant retardé, serait le même en définitive. Nous avons trouvé qu'il n'y avait qu'à gagner à éviter le circuit et à prendre le chemin le plus court.

Tout nous ramène donc au légataire universel. Mieux vaut commencer par lui, puisque ce serait bien par lui qu'il faudrait finir.

Qu'est-ce, après tout, que cette obligation de demander la délivrance, seule différence de quelque valeur entre le cas où le légataire est en concours avec un héritier à réserve et le cas où il n'y a pas d'héritier à réserve? Les droits du légataire universel en sont-ils si gravement altérés?

Que ce soit chose indifférente quant à la propriété des biens compris dans le testament, l'article 1014 le déclare, même par rapport au légataire particulier. « Autre chose est la propriété, autre chose est la saisine. » (*Rapp. au Trib.*, Jaubert; Locré, t. XI, p. 490.)

Ce n'est pas assez. Il y a encore à « distinguer dans la saisine *la possession et la jouissance.* » (Tronchet, séanche du Conseil d'État du 27 ventôse an XI; Locré, t. XI, p. 258.) Le légataire universel, même non saisi de plein droit, a un *droit* de jouissance sur les biens compris dans le testament, à compter du jour du décès. Ce qui lui manque d'abord, c'est uniquement *le fait* de la possession.

Et cette possession même, s'il est vrai qu'il faut qu'il la demande, il est vrai aussi qu'elle ne peut lui être refusée. En présence d'un testament régulier et valable (nous ne saurions raisonner dans une autre hypothèse), le refus de l'héritier serait déraisonnable, et d'ailleurs tout à fait inefficace, puisque la justice ferait ce qu'il n'aurait pas voulu faire, et le ferait à ses dépens.

La demande de délivrance, ce n'est, à le bien voir, qu'un acte de déférence envers l'héritier du sang, un honneur rendu à son titre. Ce caractère est bien marqué dans l'exposé des motifs présenté à la séance du 2 floréal an XI, par M. Bigot-Préameneu. Il vient de dire que lorsqu'au décès du testateur il y aura des hé-

ritiers à réserve, le légataire universel sera tenu de s'adresser à eux pour avoir la délivrance des biens compris dans le testament. Pourquoi? Il l'explique ainsi : « Lorsque l'héritier institué ou le légataire universel se trouve en concurrence avec l'héritier de la loi, ce dernier mérite la préférence. Il est difficile que, dans l'exécution, cela puisse être autrement. Ne serait-il *pas contre l'honnêteté publique*, contre l'humanité, contre l'intention présumée du testateur, que l'un de ses enfants ou que l'un des auteurs de sa vie fût, *à l'instant de sa mort*, *expulsé de sa maison*, *sans qu'il eût même le droit de vérifier auparavant le titre de celui qui se présente?* Ce dernier aura d'autant moins droit de se plaindre de cette *saisie momentanée*, qu'il recueillera les fruits à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été formée dans l'année. » (Locré, t. XI, p. 404.) M. Tronchet avait dit dans le même sens, à la séance du 27 ventôse an XI (Locré, t. XI, p. 247) : « En permettant à l'homme de se donner un héritier, la loi subordonne cette faculté à deux conditions : la première est d'exprimer sa volonté dans les formes légales ; la seconde, de ne pas entamer les réserves. Or puisque l'héritier légal ne peut être dépouillé que sous ces conditions, *il est raisonnable et bienséant de lui montrer le titre qui anéantit ses droits, afin qu'il soit en état de le critiquer.* »

Ainsi, ce n'est de la part de la loi que pure bienséance. A cette raison, qu'on pourrait appeler *de sentiment*, il se joignait pourtant un motif d'une autre nature. M. Tronchet l'avait déjà fait pressentir dans le passage que nous venons de citer : c'était la crainte que la réserve elle-même ne se trouvât courir quelque danger, si tous les autres biens de la succession allaient de suite et de plein droit au légataire universel. La confusion, en effet, une fois opérée entre les biens de la succession et les biens propres du légataire universel, il eût pu n'être pas sans difficulté de recomposer exactement l'actif héréditaire, et, par suite, de retrouver sûrement la réserve. Tout au moins *eût-il été possible* au légataire d'*obscurcir l'état des choses :* c'était l'expression dont on se servait au Conseil d'État. (M. Jolivet, séance du 27 ventôse an XI; Locré, t. XI, p. 253.)

Cette crainte fut même ce qui décida le Conseil. Deux systèmes

étaient en présence : parmi les membres qui prenaient le plus utilement part à la discussion du projet, les uns, MM. de Maleville, Portalis et Muraire, voulaient que le légataire universel fût saisi de plein droit, comme l'héritier institué dans le droit romain et nos anciens pays de droit écrit; les autres, parmi lesquels MM. Bigot de Préameneu, Tronchet, Treilhard, insistaient, au contraire, pour qu'il fût soumis, dans tous les cas, à demander la délivrance aux héritiers légitimes (Locré, t. XI, p. 345 et suiv.), ainsi qu'il était en usage dans les pays de coutume. C'était la lutte si souvent renouvelée entre les deux éléments rivaux qui, après avoir régné longtemps chacun dans son domaine, se disputaient la prééminence sur ce terrain nouveau où une sagesse conciliatrice s'efforçait de les réunir. Cette fois encore, le différend se termina par transaction. Un membre (M. Jollivet) fit observer « qu'il était indispensable d'abord de constater le montant de l'hérédité afin d'établir les réserves, et que cependant, si l'héritier institué était d'abord saisi, il lui serait possible d'obscurcir l'état des choses et de rendre illusoires les dispositions de la loi relatives aux réserves. » Cette observation, fort sensée, offrait un moyen de conciliation que le consul Cambacérès (Locré, t. X, p. 254) s'empressa de saisir. Il proposa de distinguer, quant à la demande en délivrance, *entre le cas où il y avait des réserves et celui où il n'en existait pas;* et cette distinction, à laquelle M. Tronchet se rallia, prévalut. De là sont sortis les articles 1004, 1005 et 1006 du Code civil.

Et maintenant qu'on connaît l'origine de la *demande de délivrance*, et qu'il n'est pas possible de se méprendre sur son caractère[1], qu'y a-t-il dans cette sorte de consolation accordée à l'héritier du sang, dans cette délicatesse de la loi qui veut qu'il paraisse donner ce qu'on lui enlève, ou bien encore dans cette prudence avec laquelle elle veille à préserver les réserves de toute confusion et de tout mélange, qu'y a-t-il dans cet ordre de considérations et cette nature d'intérêts, entièrement etrangers les unes et les autres aux créanciers, qui puisse altérer leurs droits,

[1] « C'est à titre d'hommage au rang du défunt et à sa famille, c'est une satis-» faction offerte à une idée morale, à un principe civilisateur. » Taulier, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 144.

diminuer leur gage? Ou bien, si c'est l'héritier qu'on leur donne pour obligé personnel au lieu du légataire universel, comment devient-il juste et logique de tourner contre cet héritier les égards que lui témoigne la loi et la sollicitude dont elle se montre animée pour lui? Il y aurait à cela une injustice à la fois et un contre-sens.

Combien est préférable le système de la loi! Son principe, principe ancien et nouveau, qui n'est pas seulement une règle de droit, mais un des moyens par lesquels la société se conserve, c'est que les droits et les obligations du défunt passent à ses héritiers, et qu'ils en sont tenus de la même manière qu'en était tenu le défunt lui-même. Or ce qui est vrai des héritiers proprement dits est également vrai de ceux qui tiennent lieu d'héritiers. *Hi qui in universum jus defuncti succedunt, hæredis loco habentur.* (L. 128, § 1, ff., *De reg. juris.*) « Le legs universel (art. 1003) est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. » L'*universalité* des biens suppose l'*universalité* des charges : ce sont deux choses corrélatives; et ces deux choses, les biens et les charges, en d'autres termes, les droits actifs et passifs du défunt, composent cet *universum jus* qui fait de celui qui le recueille un *héritier* ou *quelqu'un en tenant lieu.*

On distinguait autrefois, je le sais, le successeur *aux biens* du successeur *à la personne.* Celui-ci représentait seul le défunt; il en était la continuation, et ne faisait qu'un avec lui. (*Répert. de jurisp.*, v° *Légataire*, § 7, art. 1, n° 13.) C'était par cette fiction qu'on expliquait la transmission qui s'opérait de plein droit du défunt à l'héritier. Mais je suis de ceux qui pensent que cette ancienne distinction, qui tenait une si grande place dans l'ancien droit, en tient infiniment moins dans le nôtre. Ce que la loi considère c'est le résultat. Quel est celui sur qui reposent les actions actives et passives du défunt? Celui-là, de quelque nom qu'on l'appelle, c'est l'héritier; tout au moins il en tient lieu. Sur ce point encore, les qualifications ont beaucoup perdu de leur valeur; les choses ont pris la place des mots [1].

[1] Sous l'ancien droit lui-même, la maxime : *Hi qui in universum jus de-*

A toutes ces raisons nous en ajoutons une dernière qui suffirait à elle seule, car elle nous semble décisive. Le système que

functi succedunt hæredis loco habentur, avait-elle bien le sens étroit et exclusif qu'on lui prête? « On prouverait aisément par des textes, dit M. Berriat Saint-Prix (dissertation citée, p. 171), que les Romains ne considéraient comme succédant aux obligations du défunt que l'héritier et ceux qui étaient *hæredis loco*, savoir le fidéicommissaire d'hérédité et le *bonorum possessor*, que les sénatus-consultes ou l'édit du préteur assimilaient à l'héritier au moyen d'actions utiles; et il cite (p. 179) Pothier et Cujas. Pothier, du moins dans ses Pandectes, et c'est sans doute celui de ses ouvrages que l'on a entendu citer, ne s'explique point sur la question. Le seul passage qui y soit afférent, c'est ce qu'il dit *De verborum significatione*, § 198; mais dans la note où il avertit que sous la dénomination d'*héritier* on doit comprendre les *successeurs prétoriens* aussi bien que les *héritiers civils*, il ne dit point quels sont ceux qui, sans être *héritiers*, *en tiennent lieu*. Il se contente de rapporter le texte de la loi 228, ff., *De reg. juris* : « Hi qui in universum jus, etc.; » ce qui laisse la question intacte. Quant à Cujas, il donne bien comme exemple de successeurs *tenant lieu d'héritiers* le *bonorum possessor* et le *fidéicommissaire d'hérédité;* mais ce n'est de sa part qu'une énonciation qui n'a rien de restrictif : « Hi qui in universum jus, etc., *quales* sunt bonorum possessores et fideicommissarii hæredes, et *si qui sunt similes*, *ut qui* universitatem emerunt. » (*Comment.*, t. IV, 2e part., édit. de Fabrot, p. 791.) Jacq. Godefroy, dans son commentaire particulier sur le titre *De regulis juris* (*novus in tit. Pandect. de diversis juris antiqui regulis commentarius : opera minora*, p. 1067), après avoir parlé du fidéicommissaire et du *bonorum possessor*, ajoute : « Denique hæres est vel potius hæredis loco, qui in universum jus defuncti quocumque jure succedit, » ce qui prouve bien qu'il en admet d'autres que ceux dont il a parlé d'abord. Denys Godefroy, sur la loi 128, cite en effet l'exemple du fisc : « Ut fiscus, is enim hæredis loco habetur. » Mais c'est surtout Dantoine qui s'est expliqué à cet égard, dans son ouvrage si justement estimé sur *les règles du droit civil*. Après avoir rapporté la règle *Hi qui in universum*, etc., règle qu'il traduit ainsi : « *Ceux qui succèdent à titre universel sont regardés en droit comme des héritiers*, on a lieu de s'étonner, ajoute-t-il (p. 378), que les interprètes, pour la plupart, aient négligé cette règle comme une chose indifférente, quoiqu'elle forme une maxime très-considérable et très-utile dans la pratique. Ils se sont contentés de dire que les successeurs par le droit prétorien, nommés *bonorum possessores*, sont comparés aux héritiers qui succèdent par le droit civil; mais..... il est du devoir d'un fidèle interprète d'approfondir un peu plus le sujet et de rapporter tous les exemples où la maxime que l'on propose ici peut avoir lieu, savoir que, *par quelque titre que l'on succède*, pourvu que le titre soit universel, le successeur est réputé héritier, *par la raison que toute personne a la qualité d'héritier qui succède en tous les biens du défunt.* » Et il rapporte plusieurs exemples, dont le troisième s'applique *au légataire universel*, et le quatrième *au donataire universel*. A ce sujet il cite Leprêtre, centurie 2, chap. 89, et cent. 1, chap. 6; et en effet, on trouve dans Leprêtre (p. 488) l'indication d'un arrêt donné en la grand'-chambre, par lequel il aurait été jugé que le légataire universel était tenu de garantir les legs particuliers par le motif *qu'il était au lieu de l'héritier*, *quia in universum jus defuncti succedit*. Pareille chose dans Brodeau sur Louet (p. 583) : « Le donataire universel *est juris successor*, au lieu de l'héritier, réputé héritier en partie, *hæres partiarius*, et comme tel tenu du payement des dettes, *actione in rem sive hypothecaria*, *non personali*..... SED ET QUANDOQUE ACTIONE IN PERSONAM..... *Il en est de même du légataire* ou fidéicommissaire *d'un droit universel que du donataire universel.* » *V.* aussi Domat, liv. I, tit. 1, sect. 13. — Il n'y a

nous venons d'exposer a une conséquence nécessaire : c'est pour le legataire universel, comme pour l'héritier légitime, la faculté de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, avec tous les effets que la loi a attachés à ce mode d'acceptation. Prouver par une discussion spéciale que le legataire universel est admis à jouir de ce bénéfice, nous ne le pouvons en ce moment. Mais la chose ne saurait être un instant douteuse pour ceux qui partagent notre opinion sur la question que nous venons de discuter. C'est, nous avons eu raison de le dire, un complément nécessaire de ce système; et pour le juger, il faut le prendre dans son ensemble, avec ses conditions et ses conséquences.

Or le bénéfice d'inventaire concilie merveilleusement le droit et l'équité. « Il n'est donné à personne, dit-on, d'obliger un tiers malgré lui... Un insolvable ne saurait forcer son légataire de supporter une somme de dettes supérieure à celle qu'il lui transmet. » (M. Berriat Saint-Prix, dissertation citée, p. 170 [1].) Mais comment donc? est-ce que le légataire universel est forcé d'accepter? « N'est *légataire* qui ne veut. » Si le legs est onéreux, il ne l'acceptera pas. Mais bien mieux, il peut l'accepter sans danger : il lui suffit, pour cela, d'user du bénéfice que lui offre la loi, *du bénéfice d'inventaire*. Il en est ainsi de l'héritier du sang, et c'est ce qui fait qu'il n'a pas à se plaindre, si lourde que puisse être, en définitive, la charge des dettes de la succession, puisqu'il était libre d'y rester entièrement étranger, et que, même en s'y *mêlant*, il avait un moyen facile de le faire impunément, tout en gardant les avantages, s'il y en a [2].

donc point *à regretter* pour Merlin, non plus que pour Toullier (t. IV, nos 517 et 522), pour M. Coin-Delisle (sur les articles 1003 et 1009) et pour tant d'autres, qu'ils aient appliqué la maxime de la loi 128 au légataire universel, qu'ils aient vu en lui un *représentant* du défunt. C'est d'ailleurs ce que dit le Code lui-même, ainsi que M. Berriat Saint-Prix paraît en convenir, dans l'article 2111; car de quels autres *représentants du défunt* que des donataires ou légataires universels y serait-il question après qu'il a parlé *des héritiers?*

[1] M. Berriat dit aussi, p. 169 : « La libéralité est de l'essence d'un legs; le testateur veut donner. De son côté, le testateur veut faire un bénéfice : *certat de lucro captando*, etc. » On disait aussi autrefois : On a voulu *honorer* le légataire, et non pas l'*onérer*. Il est répondu à cela au *Répertoire*, v° *Légataire*, § 6, art. 1, n° 13.

[2] C'est ce qu'explique très-bien Doneau, t. II, p. 461. « Volenti non fit injuria. Potuit enim non adire, vel abstinere. Nec tenetur quia hæreditatem accepit, » sed quia acciplendo consensit in onera et fidem suam voluntati defuncti accommodavit..... Ideoque non tam ex defuncti quam ex suo facto obligatur. »

Que peut-il y avoir de plus à faire en faveur du légataire? Aussi bien c'est ce qu'on demande pour lui; seulement on veut que ce bénéfice lui soit acquis de plein droit, ce qui ne peut pas plus être pour le légataire que pour l'héritier. C'est bien le moins que pour jouir de cette faveur de la loi il la réclame, et qu'elle ne lui soit accordée qu'aux conditions et avec les garanties stipulées. Aller plus loin, ce serait une générosité sans motifs, une dissemblance choquante dans l'économie générale de la loi, et, nous l'avons prouvé, une véritable injustice.

Au contraire, dans la loi telle que nous l'entendons, tout s'accorde et se justifie. Suivant l'esprit qui anime toute cette matière, les différences de mots vont s'effaçant de plus en plus. La loi sait bien reconnaître l'héritier, de quelque nom qu'on l'appelle; elle lui dispense avec équité les avantages et les charges, et fait des uns la condition et la mesure des autres. Laissé libre d'accepter ou de refuser, ou même, sans renoncer, de n'accepter qu'autant qu'il veut, cet héritier, que ce soit la loi qui l'ait appelé ou bien la volonté de l'homme, n'a à s'en prendre qu'à lui-même si, en définitive, il se trouve souffrir de l'usage qu'il a fait de sa liberté. S'il est un intérêt pour lequel on puisse être inquiet, c'est bien plutôt celui des créanciers du défunt. Réduits en effet, par le *bénéfice d'inventaire*, aux seuls biens de la succession, ces créanciers pourraient encore se les voir disputer par les créanciers personnels de l'héritier ou du légataire. Mais à cela aussi il y a un remède dans la loi. Les créanciers du défunt peuvent dans tous les cas (art. 878), mais surtout dans celui-ci, demander la séparation des patrimoines, et par là se réserver en entier le gage auquel ils se trouvent réduits.

Ainsi se complète le système de la loi, système qui protége tous les intérêts et qui est vraiment digne de sa sagesse.

NICIAS-GAILLARD.

P. S. Nous apprenons à l'instant que la Cour d'appel de Toulouse vient, sur le renvoi qui lui avait été fait de la cause, de décider la question dans le même sens que la Cour de cassation. L'arrêt de la Cour de Toulouse est du 19 juin 1852.

DE LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Par la perte de la chose au moyen de laquelle les associés se proposaient de réaliser des bénéfices.

Par M. VICTOR MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. Difficultés que soulève la rédaction des articles 1865, n° 2, et 1867 du Code Napoléon.
2. La deuxième disposition de l'article 1865 a été prise dans POTHIER. Elle s'applique à la perte totale de la chose qui forme le fonds social.
3. De la perte qui ne porte que sur l'apport de l'un des associés. Elle fait l'objet de l'article 1867. — Trois hypothèses diverses y sont prévues.
4. *Ire hypothèse.* — Perte d'un objet certain qui devait être versé dans le fonds social en pleine propriété. — Elle opère la résolution des conventions sociales.
5. *Quid* si la perte n'est que partielle?
6. *IIe hypothèse.* — Perte de la chose qui n'avait été apportée qu'en jouissance. — Elle opère la dissolution de la société.
7. *Quid* si cette perte n'est que partielle?
8. L'associé n'est, dans aucun cas, tenu de réparer à ses frais ce qui a péri par cas fortuit.
9. L'article 1867 n'est applicable qu'autant que l'apport consiste dans un corps certain dont la propriété est restée à l'associé. On serait régi par d'autres principes s'il consistait dans des choses fongibles ou dans des choses destinées à être vendues.
10. *IIIe hypothèse.* — Perte d'une chose apportée en pleine propriété. Elle ne met pas fin à la société. — Conciliation des dispositions de l'article 1865, n° 2, du Code Napoléon avec celles de l'article 1867.

1. En règle générale, la perte de la chose sur laquelle porte une convention, opère l'extinction des obligations qui se réfèrent à l'objet qui a péri (C. Nap., 1302). Les rédacteurs du Code Napoléon ont fait l'application de ce principe au contrat de société par la deuxième disposition de l'article 1865 et par l'article 1867. Peut-être est-ce avec raison qu'on leur a reproché de n'avoir pas formulé avec assez de netteté les règles qu'ils ont entendu tracer sur ce point, et de n'avoir pas établi une concordance

parfaite entre les diverses dispositions qu'ils ont introduites dans la loi[1]. Cependant, en éclairant la lettre par son esprit, et en prenant pour guide les principes rationnels du droit pur, il nous a paru qu'il était facile d'exprimer avec exactitude les règles que nos Codes ont consacrées.

2. L'article 1865 du Code Napoléon établit d'abord que *la société finit par* L'EXTINCTION DE LA CHOSE. Cette disposition, littéralement puisée dans le *Traité du contrat de société* de POTHIER[2], que les rédacteurs du Code suivaient pas à pas, s'applique évidemment à la *perte totale* de la chose qui fait l'objet de la société[3]. Ainsi, en substituant un exemple pris dans les matières commerciales à celui que donne Pothier, nous supposerons que deux individus aient contracté une société en nom collectif pour établir une filature de laine dans un certain lieu et pour l'exploiter à profits communs ; il est évident que leur société sera dissoute si un incendie ou une inondation vient à détruire de fond en comble cette usine, ou si les associés en sont dépossédés à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

3. Il peut arriver que la perte, au lieu d'être totale, ne porte que sur les choses qu'un associé doit apporter à la société, ou sur une partie seulement de celles qui forment déjà le fonds so-

[1] *V.* une dissertation de M. JOURDAN dans la *Thémis*, t. V, p. 480; une dissertation de M. ÉTIENNE, dans la *Revue étrangère et française*, ann. 1841, p. 353.

[2] Voici les termes dans lesquels s'exprime POTHIER, afin qu'on puisse les rapprocher de la rédaction de l'article 1865 du Code Napoléon : « § 11. *De l'extinction de la chose qui fait l'objet de la société, et de la consommation de la négociation.* — 140. Lorsque la société a été contractée d'une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l'extinction de cette chose. »

[3] ULPIEN avait dit : « Societas solvitur..... ex rebus..... ideoque sive res..... interierit..... distrahi videtur societas. Intereunt autem res..... Cum aut *nullæ relinquuntur*, aut conditionem mutaverint. » (L. 63, § 10, ff., *Pro socio.*) Pothier a reproduit le principe consacré par ce texte, et les rédacteurs du Code n'ont été, dans l'article 1865, n° 2, que l'écho de Pothier. — Le CODE DE COMMERCE ESPAGNOL consacre en ces termes la même règle : *Las compañias mercantiles se disuelven totalmente por las causas siguientes :* ..... 2° *por la* PERDITA ENTERA *del capital social* (art. 329) — Le CODE PORTUGAIS s'exprime dans des termes plus généraux : *Será determinada em juizo dissolvida a sociedade antes do periodo limitado no contracto, mostrando-se que é impossivel a sua continuação, segundo o intuito e fim dos artigos sociaes, tal como a perda intera do capital social.* « Une société sera déclarée dissoute en justice, avant le terme fixé par le contrat, toutes les fois qu'il sera établi que sa continuation est devenue impossible selon l'esprit et le but des statuts, tel serait le cas de LA PERTE ENTIÈRE *du capital social* (art. 695). »

cial. C'est ce cas qui se trouve prévu dans l'article 1867, dont il convient de rapporter d'abord les termes : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun *la propriété* d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. — La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque *la jouissance* seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. — Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont *la propriété a déjà été apportée* à la société. »

Trois hypothèses diverses font évidemment l'objet de cet article.

4. *La première hypothèse* est celle dans laquelle il s'agit de la mise en pleine propriété d'un objet certain qui n'a pas encore été versé dans le patrimoine social. La perte de cet objet, dont la société n'est pas encore devenue propriétaire, opère la rupture du contrat et reste à la charge de l'associé. C'est ce qui aura lieu toutes les fois que des parties auront convenu de former une société dans laquelle l'une d'elles devra apporter pour mise un corps certain. La perte de ce corps certain, arrivée avant la constitution définitive de la société, dégagera les parties et rompra leurs engagements[1]. C'est encore ce qui arrivera lorsqu'une société étant définitivement constituée, l'une des parties ne lui aura pas encore transféré la propriété d'un objet certain qui devait constituer son apport[2]. Supposons que *Pierre*, *Paul* et *Jean* se soient associés pour la fabrication des draps. La mise de *Pierre* consiste dans des bâtiments qu'il a fournis, qu'il a mis en état, et dont la société est en possession. Celle de *Paul* se compose des laines qu'il a apportées et des valeurs qu'il a versées dans la caisse commune. La mise de *Jean* doit consister dans trois machines nouvelles construites en Amérique, qui sont chargées

[1] La promesse d'entrer en société lie les parties et est régie par des principes particuliers que nous avons exposés au tome Ier, n° 271, de notre *Traité de droit commercial*.

[2] *V*. sur ce point Toullier, *Droit civil français*, t. VII, n°s 454 et suiv.— Malepeyre et Jourdain, p. 295 et 296. — Zachariæ, *Droit civil français*, t. III, p. 73, § 384. — Duvergier, *Droit civil français*, t. V, n° 921. — Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 927.— Massé, *Droit commercial*, t. V, p. 428, n° 423.

pour son compte sur le navire *l'Amélie*, qu'il doit livrer et qu'il doit faire établir dans les locaux de la société. Il est certain que, dans cette espèce, les parties ne se sont associées qu'en vue des avantages que les machines promises devaient leur procurer pour la fabrication. Si la perte du navire *l'Amélie* et de son chargement met *Jean* dans l'impossibilité de réaliser sa promesse, la société sera dissoute, car elle ne peut plus exister dès que l'une des parties n'est plus en état de faire la mise convenue. Il est de l'essence du contrat de société que chacun des contractants mette quelque chose en commun pour avoir droit à des bénéfices (C. Nap., 1832). L'un des contractants ne peut plus remplir cette condition; on est dès lors dans une position qui ne permet pas de contrat [1] : on appliquera la maxime : *Obligatio quamvis initio rectè constituta, extinguitur, si res inciderit in eum casum à quo incipere non poterat* [2]. *Jean*, dans notre espèce, supportera seul la perte résultant du sinistre, car les machines voyageaient à ses risques et périls, parce qu'il en était propriétaire (C. comm., 100). Remarquons bien, en effet, que, dans la pensée des parties, la propriété n'en devait être transférée à la société que par la tradition réelle et effective qui devait en être faite dans ses locaux. Il est vrai que, d'après notre droit civil, la propriété est transférée par le seul effet des conventions (C. Nap., 711, 1138, 1583), mais il est permis aux parties de déroger à cette règle, qui n'est pas d'ordre public [3]. On peut même soutenir qu'elle n'est pas applicable aux matières commerciales [4].

5. Si la perte du corps certain promis à titre de mise n'était que partielle, l'associé qui a subi cette perte pourrait, à son

[1] Le Tribunat s'exprimait de la manière suivante dans les *observations* qui amenèrent la rédaction de l'article 1867 introduite dans le Code Napoléon : « Lorsque la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété même, vient à périr *avant* que la mise en commun soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise. » — L'article primitif que contenait le projet du Code était ainsi conçu : « La chose que l'un des associés *devait* mettre en société, et qui a péri, opère la dissolution de la société. » (Locré, *Législat. civile, commerciale, etc.*, t. XIV, p. 510.)

[2] Paul, l. 140, § 2, ff., *De verb. oblig.* — Marcellus, l. 98, *in princip. eod.*

[3] *V.* Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 931; *De la vente*, t. I, n°s 114 et 130.

[4] *Sic* Delamarre et Lepoitvin, *Suite du contrat de commission*, t. IV, avant-propos et au n° 16. — *V. Contra* Massé, *Droit commercial*, t. IV, n° 158.

choix, ou maintenir la société en remplaçant ou en rétablissant ce qui a péri, pourvu qu'il ne dût en résulter pour les autres associés aucun préjudice, ou bien demander la résolution des accords sociaux. Les autres associés pourraient également demander le maintien de la société en consentant à ce que la chose fût apportée dans l'état dans lequel elle se trouverait, sans aucune diminution de la part des bénéfices auxquels l'autre associé avait droit, à raison de la diminution de valeur qu'a éprouvée son apport (C. Nap., 1182). Il faudrait cependant, pour que cela pût avoir lieu, que la diminution du fonds social ne fût pas telle que le commerce entrepris en société ne pût plus offrir aucune chance de bénéfices. Les juges seraient, sur ce point, les appréciateurs de la position des parties.

6. La *seconde hypothèse* dont il est question dans l'article 1867 est celle de la perte d'un corps certain dont la jouissance seule a été apportée à titre de mise à la société. La loi a voulu que la perte de ce corps certain entraînât la dissolution de la société. D'un côté, on pouvait dire qu'un apport en jouissance investit la société de l'usufruit des choses qui le composent [1], et que la perte de cet usufruit ne devrait pas plus opérer la résolution de la société que ne le ferait la perte d'une chose apportée en pleine propriété. Mais les rédacteurs du Code Napoléon se sont guidés par d'autres idées, et ont considéré que celui qui fait un apport en jouissance s'oblige à faire jouir la société, pendant toute sa durée, de la chose promise [2]. Ils ont, en conséquence, assimilé l'associé au bailleur (C. Nap., 1719, 3°) par rapport à la jouissance du corps certain qui constituait sa mise, et ils ont décidé que la perte de ce corps certain, en éteignant la jouissance, entraînerait la dissolution de la société.

7. Si le corps certain dont la jouissance a été apportée n'avait péri qu'en partie, l'associé à qui il appartient serait tenu de su-

[1] *V.* notre *Traité de droit commercial*, au n° 329 du tome I.

[2] Le Tribunat s'exprimait ainsi sur ce point *dans ses Observations* déjà citées : « Si ce n'est pas la propriété même, mais la *seule jouissance* ou les *fruits de la chose* qui aient été mis en commun, que la chose périsse avant ou après que la mise en a été effectuée, la perte de la chose dissout évidemment dans les deux cas la société, puisque, dans l'un et l'autre, l'associé dont la chose a péri ne peut plus contribuer pour rien en fait de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance. » (Locré, t. XIV, p. 510.)

bir, sur la demande de ses coassociés, ou une diminution proportionnelle de la part de ses bénéfices, ou la dissolution de la société. On aurait, en effet, à appliquer la règle consacrée pour ce cas en matière de bail (C. Nap., 1722) [1]. La dissolution devrait même être toujours prononcée, si la perte était d'une importance telle que le commerce social ne pût plus être continué avec avantage. Dans ce cas, l'associé qui a fait la mise en jouissance pourrait lui-même faire mettre la société en liquidation.

8. Dans aucun cas l'associé qui supporte la perte ne pourrait être condamné à rétablir, à ses frais, ce qui a été détruit par un sinistre (C. Nap., 607).

9. Remarquons bien que la disposition de l'article 1867 du Code Napoléon n'est applicable qu'autant qu'il s'agit d'un corps certain dont la propriété est restée dans les mains de l'associé. S'il s'agissait de choses fongibles ou de choses destinées à être vendues, la société en serait propriétaire, et on se trouverait régi par d'autres principes (C. Nap., 1851) [2].

10. La *troisième hypothèse* dont il est question dans l'article 1867 est celle de la perte des choses qui constituent une mise faite et réalisée en pleine propriété. La perte de ces choses n'opère pas la dissolution de la société. Cette disposition de l'article 1867 semble d'abord contredire la règle posée par l'article 1865, qui veut que la société prenne fin par l'extinction de la chose. Mais avec un peu d'attention, on voit qu'il s'agit dans l'article 1865 de la perte *totale* du fonds social, tandis qu'il n'est question dans l'article 1867 que de la perte d'*une mise*. Pour concilier donc ces deux dispositions, il faut reconnaître que la perte de tout ce qui compose le *fonds social* entraînera toujours, et de plein droit, la dissolution de la société, et que la perte d'*une partie* seulement de ce qui compose ce fonds n'entraînera la dissolution de la société qu'autant qu'il y aura impossibilité de continuer les opérations, au moyen de ce qui reste, avec quelques chances de bénéfices. Tel est l'esprit de la loi; on conçoit, en effet, combien il serait peu raisonnable de contrain-

[1] Toullier, *Droit civil français*, t. VII, n° 461.—*Contra*. Massé, *Droit commercial*, t. V, n° 424.

[2] *V*. notre *Traité de droit commercial*, aux n°s 330 et 331 du tome I.

dre les parties à rester dans les liens d'une société, lorsque le fonds social ne serait plus suffisant pour que le but qu'elles s'étaient proposé en s'associant pût être atteint [1]. L'article 1871 du Code Napoléon autorise les juges à prononcer la dissolution des sociétés pour de justes motifs, et il n'en est assurément pas de plus légitimes que la perte d'une partie des choses qui composent le fonds social, lorsque les valeurs qui restent ne peuvent plus suffire pour les opérations entreprises en société, et lorsque les accords sociaux n'autorisent aucun appel de fonds pour réparer ou remplacer ce qui a péri [2]. Dans ce cas, la dissolution de la société n'aurait pas lieu de plein droit; elle devrait être prononcée par le juge [3].

VICTOR MOLINIER.

[1] « Cum in aliqua societate vel negocio adest jactura, absque eo quod nulla spes lucri supersit, quin imo ita res redacta sit ad statum quo major imminat jactura... Societas dissolvi potest. » (Casaregis, t. II, p. 77. *Discur.*, CXLVI, n° 21.)

[2] *Sic* Pardessus, t. IV, p. 314, n° 1055. — Malepeyre et Jourdain, p. 292 et suiv. — Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 925. — Massé, t. V, n°s 423 et 424.

[3] *V.* Malepeyre et Jourdain, p. 296. — Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 948.

DE L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT PÉNAL EN ITALIE.

Par M. Eugène FLOTARD,
Docteur en droit, juge suppléant.

SOMMAIRE.

1. Sources des lois pénales italiennes.
2. Principes généraux communs à la plupart des Codes italiens.
3. Des peines.
4. De la tentative.
5. De la complicité.
6. De la récidive et de la réitération.
7. Des excuses et des circonstances atténuantes.
8. De la préméditation.
9. Des juridictions pénales.
10. Appréciation sommaire de chacun des Codes pénaux italiens, Deux-Siciles, Sardaigne, Malte, Parme et Plaisance, Toscane, États Pontificaux, Modène, Royaume Lombard-Vénitien.
11. Conclusion.

Sources des lois pénales italiennes.

1. Quelque influence qu'aient exercée les idées françaises sur la rédaction des lois des divers États de l'Italie moderne, il ne faut pas croire trouver dans nos Codes l'unique source de ces lois, et encore moins s'imaginer que l'impulsion, que le mouvement de réforme en matière de législation pénale soit allé de France en Italie. L'Italie, au contraire, a marché avant nous dans cette voie.

Dès 1738, Charles III de Naples, dans son *Codex Carolinus*, et après lui son fils Ferdinand, dans ses sages ordonnances de 1774, 1786, 1789, érigeaient en loi tous les grands principes sur lesquels est basée la législation pénale moderne, et que les Vico, les Beccaria, les Filangieri avaient promulgués avec tant d'éclat. En 1786, Léopold II, dans un Code criminel complet dont il dotait la Toscane, posait en principe que le seul but de la peine est de sauvegarder la société, d'amender le coupable et d'effrayer les malfaiteurs; il abolissait en conséquence la torture, l'infamie attachée à certaines peines, et le supplice capital

lui-même. Nos législateurs, à aucune époque, ne sont allés aussi loin.

Mais les réformes tentées par ces souverains éclairés étaient loin de présenter un ensemble satisfaisant et de répondre à tous les besoins. Remarquables au point de vue théorique, leurs lois péchaient sous le rapport pratique, et, à côté des institutions utiles qu'elles créaient, elles laissaient subsister un grand nombre d'abus. Il fallait le souffle vivifiant de notre révolution, il fallait la soumission momentanée des Italiens aux lois françaises, pour que ce peuple comprît les bienfaits de la légalité et sentît le besoin d'une réforme qui depuis lors n'a pas cessé de s'opérer pour lui. Tous les États de l'Italie, depuis 1814, ont vu leurs lois considérablement améliorées ou radicalement réformées : Naples en 1819, Parme et Plaisance en 1832, les États pontificaux en 1831, Malte et le royaume de Sardaigne en 1839, la Toscane en 1838. L'Autriche elle-même a donné un Code pénal au royaume lombard-vénitien.

Jetons un rapide coup d'œil sur ces lois, intéressantes sous plus d'un rapport, et nous verrons comment leurs auteurs, tout en prenant presque toujours le Code pénal français pour base de leur travail, ont su cependant le modifier parfois utilement, en s'inspirant des anciennes lois de leur patrie, de la vieille jurisprudence italienne et des nobles idées des grands criminalistes dont s'honore la péninsule.

Principes généraux communs à la plupart des Codes italiens.

2. La presque généralité des Codes italiens divisent la justice, d'après les principes de Vico, en *ammonitive*, *correctionnelle* et *criminelle*.

Comme le Code français, ils qualifient les délits d'après la nature de la peine, et procèdent, en partant de cette base, à une énumération détaillée des actes qualifiés crimes ou délits. Aucun fait quelconque de l'homme n'est punissable s'il n'est déclaré tel par la loi pénale.

La division des délits en délits contre la vie et les personnes, délits contre la dignité du citoyen, délits contre l'honneur et la propriété, tirée des œuvres de Filangieri, a été presque généra-

lement adoptée. Les délits contre la religion ne sont plus nulle part punis des peines sévères que leur infligeait l'ancienne législation. Un jurisconsulte italien remarque même, à ce sujet, que personne dans son pays n'eût osé soutenir une loi pareille à celle du sacrilége, votée en France sous la restauration, et à l'occasion de laquelle M. de Bonald prononça ces paroles si tristement célèbres : « Le supplice du sacrilége n'est que le renvoi du coupable devant son juge naturel. »

Des peines.

3. Certaines peines, les galères, les travaux publics, par exemple, sont déclarées infamantes. Seul le législateur napolitain a déclaré, par une disposition louable empruntée à l'ancien Code de Léopold de Toscane, qu'aucune peine n'est infamante, et que l'infamie résultant non de la peine, mais d'un crime infamant par sa nature, ne s'étend qu'à la seule personne du coupable.

Les peines les plus rigoureuses des anciennes lois ont été abolies ou mitigées. La peine de mort est conservée dans tous les nouveaux Codes; mais, suivant les principes de Romagnesi, elle ne s'applique qu'aux cas extrêmes dans lesquels toute autre peine serait inefficace. Elle n'est jamais aggravée en aucune manière, comme elle l'était, par exemple, chez nous pour le parricide avant la loi de 1832; le mode de son exécution subit cependant parfois des modifications peu importantes, d'après les lois romaines et napolitaines.

Les peines perpétuelles sont : les travaux forcés à Malte, en Sardaigne et à Parme; les galères perpétuelles à Rome; l'*ergastolo* ou reclusion dans le fort d'une île, à Naples.

Les peines temporaires sont la reclusion et la prison, qui se retrouvent dans tous les Codes d'Italie, et qui, sous le nom de *carcere duro* et *durissimo*, deviennent dans le Code lombard des supplices très-rigoureux; les travaux forcés à temps en Sardaigne, à Parme et à Malte; les quatre degrés de fer à Naples; les trois degrés de galères à Rome. Un supplice révoltant, celui du fouet, j'ai honte de le dire, est conservé par les lois de Rome et de Mo-

dène; le Code autrichien de la Lombardie, outre le fouet, admet la bastonnade.

La peine de l'exil n'est admise que dans quelques pays; à Rome, par une disposition fort juste, les étrangers seuls en sont passibles.

La confiscation n'existe qu'à Modène dans toute sa rigueur. En cas de trahison, le coupable est privé de la jouissance de son patrimoine d'après les lois de Rome et du Piémont.

La marque et le carcan ont disparu de tous les Codes; l'exposition publique, de presque tous; le Code piémontais a conservé cette dernière peine.

L'interdiction de certains droits civils et politiques est classée au nombre des peines par les Codes de Naples, de Sardaigne, de Malte et de Rome.

A Naples, le condamné à l'*ergastolo* perd la propriété de ses biens; sa succession est ouverte en faveur des héritiers du sang, comme s'il était mort *intestat*. Quant au condamné à mort, aucune disposition pareille n'existe contre lui; aussi la grande Cour civile de Naples décide-t-elle que son testament est valable.

De la tentative.

4. Tous les législateurs italiens, conformément à l'ancienne jurisprudence de leur pays, admettent entre les diverses espèces de tentatives, entre le crime *tenté* et le crime *manqué*, des distinctions un peu minutieuses peut-être, mais pleines de raison et d'équité.

Le Code pénal des Deux-Siciles, après avoir établi, comme le Code français, que les tentatives de *délits* ne sont punissables que dans les cas expressément déterminés par la loi, pose en règle générale que, « tant que le *crime* n'a pas reçu son entier accomplissement, il ne peut être puni de la peine entière, totale; » principe directement opposé à celui de l'article 2 de notre Code pénal. Dans l'application de la peine, le législateur napolitain distingue : 1° l'*attentato*, crime entrepris; 2° le crime *tenté;* 3° le crime *manqué;* 4° le crime *consommé*.

L'*attentato* consiste à « *entreprendre un acte voisin de l'exé-*

cution d'un crime; » c'est l'acte préparatoire de l'exécution; il est puni de peines fort légères.

La *tentative* proprement dite réunit deux caractères : 1° elle doit n'avoir pas réussi par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté du coupable; 2° elle doit s'être manifestée par des actes d'exécution très-avancés, mais tels cependant qu'il reste encore quelque chose à faire à son auteur pour consommer entièrement le crime. Elle est punie d'une peine d'un ou deux degrés moins élevée que celle du crime consommé.

Le crime *manqué* diffère de la tentative en ce que le coupable est allé beaucoup plus loin dans l'exécution de son crime; il ne lui reste pour sa part plus rien à faire pour le consommer, et ce n'est que par des circonstances tout à fait indépendantes de sa volonté que le crime n'a pas réussi. Il est puni d'une peine d'un degré seulement moins élevée que le crime consommé.

Enfin le repentir même du coupable est pris en considération par le législateur; et si l'auteur de la tentative l'a interrompue de son plein gré, soit par un effet des remords, soit par crainte du châtiment, il n'est alors puni que de la peine des actes déjà accomplis par lui, si toutefois ces actes sont classés par la loi au nombre des infractions pénales.

Les lois de Sardaigne et de Malte ne font que reproduire les dispositions des lois napolitaines sur la tentative. La loi romaine établit une distinction entre la tentative *prochaine* et la tentative *éloignée;* celle-ci est moins punie que la première. La tentative interrompue par le repentir du coupable n'est frappée que d'une détention d'un mois à une année.

Tous les Codes italiens exceptent de ces règles générales le crime de lèse-majesté, et le punissent comme s'il était entièrement accompli, lorsqu'il n'est que tenté ou manqué.

De la complicité.

5. Les législateurs de la péninsule n'ont pas admis, en matière de complicité, la sévérité exagérée de l'article 59 de notre Code pénal. Les distinctions qu'ils établissent entre les diverses espèces de complicité sont pleines d'humanité et de logique.

L'*auteur* du crime, d'après les lois napolitaines, est l'exécuteur même, celui qui consomme l'acte coupable; les *complices* sont tous ceux qui facilitent cet acte, ou qui y coopèrent d'une manière quelconque.

Les complices sont de deux sortes, à savoir : 1° ceux qui donnent mandat de commettre le crime ou qui y provoquent par dons, menaces, promesses, etc.; tous ceux, en un mot, qui coopèrent au crime plutôt moralement que physiquement; ils sont punis de la même peine que les auteurs principaux; 2° les complices matériels, ceux qui coopèrent au crime physiquement plutôt que moralement, qui agissent et ne conseillent pas. Les peines de cette seconde classe de complices sont graduées d'après l'influence qu'ils ont exercée sur la perpétration du crime. Si cette influence est telle que sans leur coopération le crime n'eût pas été accompli, ils sont, comme les précédents, punis de la même peine que l'auteur principal; si, au contraire, leur action n'a été qu'accessoire et accidentelle, ils subissent une peine d'un ou deux degrés inférieure, suivant les circonstances.

Le Code sarde a transcrit presque mot pour mot les dispositions du Code napolitain relatives à la complicité; seulement il donne aux complices de la première classe le nom d'*agents principaux*, et à ceux de la seconde le nom de complices proprement dits. Les autres Codes italiens ont adopté les mêmes principes ou ceux du Code pénal français.

Récidive et réitération.

6. Le coupable en état de *récidive* est toujours puni d'une peine plus sévère que celui qui n'a pas été encore condamné. Quelques lois, celles de Naples, par exemple, aggravent la peine du *réitérateur*, c'est-à-dire de l'individu qui, sans avoir subi antérieurement de condamnation, s'est cependant déjà rendu coupable d'un délit ou d'un crime. Les Codes maltais, sardes et romains n'ont pas admis ces dispositions. Leur rédacteurs ont pensé avec raison que lorsque l'existence d'une première infraction n'est pas constatée par un jugement précédent, il est injuste d'en tenir compte pour aggraver le sort d'un accusé.

Excuses et circonstances atténuantes.

7. Au nombre des améliorations empruntées aux Codes français par les législateurs italiens, nous devons mentionner celles relatives à la mitigation de la peine en raison de l'âge de l'accusé. Jusqu'à l'introduction des lois françaises en Italie, la jurisprudence des tribunaux de la péninsule avait constamment varié sur ce point, et chacun d'eux interprétait et appliquait à sa manière les décisions si multipliées et si confuses des jurisconsultes romains en cette matière.

La simple distinction établie par la loi française entre les accusés au-dessous de seize ans et ceux au-dessus de cet âge, n'a pas paru suffisante aux législateurs italiens; ils ont divisé tout le cours de la vie humaine en un certain nombre de périodes, durant lesquelles le coupable est susceptible d'un degré plus ou moins élevé d'imputation, selon qu'il se rapproche plus ou moins de l'âge de raison. Ainsi le Code grégorien distingue trois périodes durant lesquelles doit être posée, à l'égard de l'accusé, la question de discernement : la première de dix à quinze ans, la seconde de quinze à dix-huit ans, la troisième de dix-huit à vingt ans. S'il est décidé que l'accusé a agi avec discernement, sa peine, dans la première période, est pour un crime de deux mois à deux ans de prison; dans la seconde, la peine est abaissée de deux degrés au-dessous de la peine ordinaire; dans la troisième, d'un degré seulement. Avant l'âge de dix ans accomplis, nul n'est justiciable de la loi pénale. La loi napolitaine, moins indulgente, admet qu'il n'y a lieu de poser la question de discernement qu'en faveur des accusés âgés de moins de quatorze ans; une fois cet âge dépassé, jusqu'à dix-huit ans, il est accordé seulement une mitigation de peine. Quelques Codes, comme les anciens jurisconsultes romains, divisent tout le cours de la vie humaine en périodes de sept années; mais ils ne tiennent pas toujours suffisamment compte de l'influence du climat, et il en résulte que dans quelques États italiens l'âge de l'imputabilité commence plus tard qu'en Allemagne et en Angleterre.

Plusieurs Codes reproduisent les prudentes dispositions des

lois anglaises et françaises relativement aux précautions à prendre pour surveiller la conduite et l'éducation des mineurs, qui ont été déclarés avoir agi sans discernement.

Préméditation.

8. La préméditation est partout prise en considération, excepté dans le Code maltais. Toutes les circonstances dans lesquelles peut être commis un délit, un crime, sont appréciées et deviennent des causes d'excuse, de mitigation ou d'aggravation de la peine.

Les circonstances atténuantes, telles qu'elles existent dans nos Codes, ne sont admises que par les lois de Malte; pour y suppléer dans les autres Codes, il a fallu multiplier considérablement le nombre des excuses; c'est ainsi que l'imprudence, la maladresse, l'âge, la provocation par des crimes ou délits contre les personnes ou les choses, la crainte du déshonneur, la vivacité d'un premier mouvement, l'ivresse, toutes les circonstances, en un mot, qui font supposer que le coupable n'a pas agi dans le plein exercice de sa raison, de sa volonté, deviennent pour lui autant de causes d'excuse ou tout au moins d'atténuation de la peine.

Juridictions pénales.

9. La hiérarchie des tribunaux de la péninsule a pour base la classification des délits; ils se divisent en tribunaux conciliateurs, tribunaux correctionnels et tribunaux criminels. Tous sont placés sous la juridiction d'une Cour suprême ou de cassation chargée de veiller à l'observation des lois, d'établir une jurisprudence uniforme et constante.

La poursuite exercée autrefois par l'offensé lui-même, plus tard d'office sur une simple dénonciation, suivant la procédure inquisitoriale, ne peut être intentée aujourd'hui que par voie d'action publique, au nom de l'intérêt général, et par le ministère public établi auprès des divers tribunaux.

Les fonctions du juge d'instruction sont parfaitement distinctes de celles des juges chargés de prononcer sur le fond de

l'affaire. La défense est libre. Les débats sont publics partout, si ce n'est en Lombardie, à Modène et à Rome. L'avocat des pauvres, ancienne institution italienne, a été maintenue près des tribunaux de plusieurs États.

Les voies de recours contre les jugements sont : l'appel (admis dans les États de l'Église seulement pour les condamnations capitales). la cassation, la révision, la grâce du prince.

L'indépendance des juges est en général entourée d'un certain nombre de garanties. Les jugements doivent être motivés.

Appréciation des divers Codes italiens.

10. Tels sont les principes généraux sur lesquels sont assises la plupart des lois pénales italiennes; malheureusement je ne puis dire toutes, car un grand nombre sont restées bien au-dessous de la civilisation moderne, et se déshonorent par des dispositions indignes du temps pour lequel elles ont été écrites. Terminons par une brève appréciation de ces diverses lois cet article déjà bien long.

Deux-Siciles.

Les lois pénales napolitaines sont, je le crois, les meilleures de la péninsule; M. Dupin aîné, dans sa *Bibliothèque choisie*, en fait un grand éloge : « De tous nos Codes, dit-il, le Code pénal est celui qui, dans le royaume des Deux-Siciles, a subi les changements les plus considérables; et toutes les modifications qui y ont été faites, ont été dictées par un esprit constant de philanthropie et d'humanité. Il n'y a pas une des améliorations discutées aujourd'hui (en 1832) devant la chambre des pairs, qui n'existe à Naples depuis 1819, et sur des bases bien plus larges et plus solides. »

Sardaigne.

Le Code de Sardaigne n'est guère qu'une copie des lois pénales des Deux-Siciles; tout en louant la plupart de ses dispositions pleines de sagesse et d'équité, on peut lui reprocher cependant de ne pas graduer aussi bien que la loi napolitaine

l'échelle des peines, et de laisser parfois trop de latitude au juge, qui peut, dans certains cas, appliquer à son gré la prison, la relégation, la reclusion et même les travaux forcés. D'après ce ce Code, les crimes contre la religion, ceux de lèse-majesté, le parricide, l'empoisonnement, l'homicide prémédité, ne peuvent jamais être prescrits, si le coupable est âgé de plus de vingt ans. L'inceste, l'usure habituelle, le suicide, le duel, la calomnie, sont placés au nombre des délits. Le faux témoin qui dépose contre l'accusé est puni plus sévèrement que celui qui dépose en sa faveur.

Malte.

Les lois pénales de l'île de Malte et de ses dépendances ont été, comme les précédentes, calquées sur le Code des Deux-Siciles. Leurs rédacteurs ont cependant diminué la durée des peines temporaires telle que l'avait fixée le législateur napolitain; ils n'ont admis ni l'exil, ni la réitération, et placent au nombre des droits dont les tribunaux peuvent prononcer l'interdiction, celui de circuler pendant la nuit. Indulgents pour le sacrilége, ils frappent de châtiments très-sévères les banqueroutiers, et punissent des fers la *conjunzion carnale contro natura.*

Parme et Plaisance.

Le Code de Parme et Plaisance est la reproduction du Code pénal français de 1810; seulement les peines les plus rigoureuses en ont disparu; la peine de mort y est limitée à un assez petit nombre de cas, et les principes de la jurisprudence italienne sur la complicité et la tentative s'y trouvent reproduits. La liberté de la défense et la publicité des jugements n'y subissent aucune entrave.

Toscane.

Bien que la publicité des jugements n'existe pas en Toscane, les accusés y jouissent cependant de quelques garanties, grâce à la modération, à l'humanité des lois. Depuis 1839, la peine de mort ne peut être appliquée dans ce pays qu'autant qu'elle est

prononcée par l'unanimité des juges ; et d'après une autre disposition fort sage empruntée aux lois napolitaines, le défenseur de tout accusé doit, à peine de suspension, se pourvoir contre l'arrêt qui prononce la peine de mort ou toute autre peine grave contre son client.

États pontificaux.

Les lois pénales des États pontificaux ont été, en 1831, considérablement améliorées. D'après le Code grégorien, l'emprisonnement préventif, lorsqu'il excède trois mois, est compté en déduction de la peine; l'amende prononcée contre un insolvable est convertie en un certain nombre de jours de prison proportionnel aux taux de l'amende, et qui ne peut excéder un an ; l'usure n'est frappée que d'une simple amende, progrès considérable si on considère la rigueur avec laquelle la punissaient les anciens canons. Malheureusement ce Code punit de peines beaucoup trop sévères les délits envers l'État ou la religion. Les réunions secrètes, par exemple, entraînent quinze à vingt ans de travaux forcés, et parfois la mort. Le détenteur de trente livres de poudre est déclaré coupable de tentative de complot; celui qui réunit trois hommes et leur donne des armes, est puni de la reclusion; celui qui aiguise des armes prohibées, des travaux forcés à temps. La sodomie, l'adultère commis avec violence, emportent les galères à perpétuité; le séducteur sans violence d'une jeune fille est passible de trois à cinq ans de galères; d'une peine de deux degrés plus élevée, si la fille était vierge; de quinze à vingt ans de galères, si elle était sa parente ou son alliée. Ajoutons à cela que les débats ne sont pas publics; qu'ils peuvent avoir lieu hors de la présence de l'accusé; que lorsque celui-ci y comparaît, c'est les pieds entravés par une chaîne; et nous aurons l'idée de la distance immense qui sépare ce Code de ceux de Naples, de Sardaigne, ou même de Toscane.

Modène.

La loi pénale de Modène est entachée d'une sévérité outrée et d'une grande exagération dans le nombre des actes qu'elle considère comme punissables; elle crée de plus des priviléges, des

exceptions, des tribunaux spéciaux, n'admet pas la publicité des débats, et ne donne nullement à l'accusé les garanties qu'il a le droit de réclamer.

Royaume Lombard-Vénitien.

Dans le royaume Lombard-Vénitien, outre que les peines sont trop sévères, que celles du *carcere duro*, *durissimo*, du fouet, de la bastonnade sont encore appliquées, le jugement est prononcé hors de la présence des témoins, de l'accusé lui-même, et sans que celui-ci puisse se faire représenter par un défenseur ou un conseil. De plus, on peut dire qu'il n'y a dans ce pays ni tribunaux, ni lois fixes; car on y voit établir à chaque instant des commissions spéciales et des lois de circonstances.

Conclusion.

11. Nous pouvons conclure de ces observations, quelque superficielles qu'elles soient, que si les vrais principes du droit pénal sont connus et appliqués dans certaines parties de l'Italie, ils sont loin de l'être également dans toutes, et qu'il s'en faut de beaucoup que tous les Codes de ce pays répondent aux besoins de notre époque. Je n'ai cependant soulevé qu'un coin du voile et montré qu'une partie du tableau; je n'ai parlé, dans cet examen rapide, que des lois, des procédures, des tribunaux ordinaires. Pour dépeindre complétement l'état judiciaire de la péninsule, il me resterait à parler des lois, des formes, des tribunaux extraordinaires ou exceptionnels qui existent dans la plupart des États italiens; ils sont aujourd'hui plus que jamais en vigueur, depuis les troubles politiques dont l'Italie a été récemment le théâtre.

Eugène FLOTARD.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de février 1852.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. *Hypothèque légale; biens dotaux; aliénation; remploi.* — Quelle est la date de l'hypothèque légale à raison d'un immeuble dotal aliéné, lorsque l'aliénation a été faite en violation du contrat de mariage, et contrairement à la prohibition de la loi?
2. *Quid* dans le cas où l'aliénation était permise par le contrat au mari seul, et sans le consentement ou le concours de la femme?
3. Et dans le cas où l'aliénation permise, et effectuée avec le concours de la femme, n'a pas été accompagnée du remploi qui avait été mis à la charge du mari par le contrat de mariage?
4. *Hypothèque générale; subrogation; date.* — Le créancier à hypothèque générale qui aurait intérêt à faire porter sa collocation sur tel immeuble plutôt que sur tel autre, peut-il le faire, même au préjudice d'un créancier à hypothèque spéciale dont l'inscription serait antérieure à celle qu'il aurait prise lui-même sur un autre immeuble du débiteur?
5. *Quid* du créancier qui se serait fait subroger, en vue d'une collocation meilleure aux droits du créancier à hypothèque générale?
— Comment doit se faire la collocation dans le concours de plusieurs hypothèques conventionnelles dont les unes embrassent divers immeubles du débiteur, tandis que les autres sont limitées à un seul immeuble? — A la note.
6. *Hypothèque légale; purge; prix.* — La femme dont l'hypothèque légale est purgée faute d'avoir pris inscription dans le délai prescrit sur les biens vendus, peut-elle néanmoins revendiquer un droit de préférence dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix?
7. *Office; privilége; destitution.* — Le vendeur d'un office non payé conserve-t-il son privilége, même dans le cas de destitution de l'officier ministériel auquel il a vendu? — Renvoi.
8. *Inscription hypothécaire; intérêts.* — Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts doit-il être colloqué pour trois années entières, ou seulement pour deux années et le prorata de l'année courante au même rang que pour le capital?
9. *Enregistrement; surenchère; expertise.* — L'administration a-t-elle le droit de provoquer une expertise contre le premier acquéreur dépossédé par l'adjudication sur surenchère, à fin du payement du double droit pour dissimulation d'une partie de son prix, alors d'ailleurs qu'elle a perçu le simple droit sur l'intégralité du prix fixé par l'adjudication sur surenchère?

1. (CAEN, 7 JUILL. 1851; — *Devill. et Car.*, 52, 2, 92.) — Cet arrêt de la Cour de Caen contient une interprétation de l'article 2135, n° 2, § 3, contraire à celle qui avait été admise jusqu'ici par la doctrine et par la jurisprudence. D'après cette disposition de la loi, la femme « n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées, *et pour le remploi de ses propres aliénés*, qu'à compter du jour de l'obligation *ou de la vente.* » On s'était demandé si cette disposition du Code Napoléon s'applique limitativement aux femmes mariées sous le régime de la communauté, ou bien si elle contient aussi la règle applicable aux femmes mariées sous le régime dotal. L'opinion unanime des auteurs et la jurisprudence étaient fixées en ce sens que l'hypothèque légale de la femme dotale remonte rétroactivement à la date du mariage, sauf en ce qui concerne ses droits éventuels dotaux, et qu'ainsi l'hypothèque de la femme dotale pour le remploi de ses biens dotaux aliénés n'est pas régie, quant à sa date ou à son point de départ, par le n° 2, § 3 de l'article 2135 du Code Napoléon.

Voici cependant que la Cour de Caen décide le contraire. Cette cour, en jugeant, par son arrêt du 7 juill. 1851, que l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari, à raison du prix de la vente de ses biens dotaux, lorsque l'aliénation en a été autorisée par le contrat de mariage, à charge de remploi, ne remonte qu'au jour de la vente et non au jour du mariage; cette Cour, disons-nous, vient rompre l'unanimité qui s'était produite, et mettre en question un point de droit qui, jusqu'à son arrêt, ne paraissait pas faire difficulté. Il importe donc de l'examiner, d'autant plus que, comme la généralité des arrêts émanés de la Cour de Caen, celui sur lequel nous appelons l'attention aujourd'hui est motivé si soigneusement que sa doctrine dissidente donne du premier coup à la controverse qu'elle soulève toute son importance et toute sa gravité.

Nous circonscrirons tout d'abord le débat. Si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été consentie par le mari en violation du contrat, c'est-à-dire sans que l'aliénation eût été autorisée par les conventions matrimoniales, la doctrine de la Cour de Caen nous paraîtrait juridique. La femme pourrait bien, même dans

ce cas, exercer l'action révocatoire; mais si, au lieu d'exercer cette action, elle réclamait du mari la restitution du prix, nous disons que la sûreté hypothécaire qui lui est accordée ne remonterait pas au delà de l'aliénation. Dans leur théorie absolue, quelques auteurs la font remonter au mariage, même dans ce cas; cela s'induit au moins de leur doctrine (*V.* notamment M. Troplong, *Des priv. et hypoth.*, t. II, n° 589 *bis*; Benech, *De l'emp. et du remp.*, n° 111). Mais, sur ce point, nous ne pouvons que reproduire l'opinion émise dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 678. « L'inaliénabilité de la dot n'a pour but que d'en assurer la conservation; par conséquent, elle ne doit jamais tourner au détriment de la femme pour l'empêcher de faire sa condition meilleure, et dès lors la femme peut réclamer le prix au lieu de la chose toutes les fois qu'elle trouve de l'avantage dans l'aliénation qui a été faite. Mais la femme ne doit pas être admise à invoquer et à repousser au même moment le système de la dotalité. Sans doute, la vente peut lui profiter comme si elle n'était pas mariée sous le régime dotal, mais aux mêmes conditions que si elle n'avait pas embrassé ce régime. Sans cela on enlèverait toute sécurité aux actes passés avec un mari qui jouit d'une dot immobilière, et on favoriserait la fraude, puisqu'il suffirait d'aliéner ensuite la dot pour que la femme pût primer des tiers qui auraient traité avec le mari dans les premiers temps de la célébration, et qui auraient plutôt prévu l'advenance à la femme de quelque succession ou donation qu'ils n'auraient prévu une aliénation illicite de la dot. La solution contraire n'est qu'un écho lointain des priviléges exorbitants accordés par la loi *assiduis* aux créances de la femme dotale, priviléges si justement proscrits par l'article 1572 [1]. »

2. Mais lorsque l'aliénation consentie par le mari a été autorisée par le contrat de mariage, soit sans le concours de la femme, soit, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Caen, avec son consentement, c'est tout autre chose : ici, la simple exhibition

[1] Tel est l'avis exprimé par notre savant collaborateur et ami M. Rodière, qui, on le sait, s'est plus particulièrement occupé des régimes exclusifs de communauté dans notre *Traité* : nous ne pouvons que nous y associer de nouveau.

du contrat de mariage, dont les tiers peuvent prendre connaissance avant de traiter avec le mari, doit leur faire prévoir la possibilité d'une aliénation ; c'en est assez pour que l'hypothèque remonte rétroactivement au jour du mariage. Cette distinction était formulée par M. Renouard dans une discussion législative sur laquelle nous aurons à revenir bientôt, lorsqu'il disait : « La vente a-t-elle lieu en vertu d'une permission portée dans le contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme remonte au jour du contrat de mariage ; la vente a-t-elle lieu d'une manière illégale, sans autorisation, et hors des cas où elle est tolérée par la loi, l'hypothèque légale ne date que du jour de la vente même..... Je me résume. Il importe au crédit foncier, comme à l'équité et à la justice, que la femme n'ait que l'action révocatoire (M. Renouard soutenait un amendement qui réduisait la femme à cette action) toutes les fois que la vente du bien dotal est illégale ; si, au contraire, la vente est autorisée par le contrat de mariage, alors donnez à la femme l'hypothèque légale du jour du contrat de mariage, par la raison toute simple qu'il y a convention matrimoniale et que la femme serait à la merci de son mari sans cette hypothèque légale du jour de son contrat de mariage. » (Assemblée législative, séance du 14 février 1851.)

Cette distinction, la Cour de Caen ne l'admet pas. Elle statue dans l'hypothèse où l'aliénation est autorisée par le contrat de mariage, et, dans cette hypothèse même, elle décide que l'hypothèque légale n'a pas d'autre date que celle de l'aliénation. Pourquoi cela? L'intérêt des tiers, les dangers qui, dans sa pensée, se rencontrent pour eux dans la rétroactivité de l'hypothèque légale, paraissent l'avoir principalement préoccupée. Mais il y faut prendre garde : l'aliénation de l'immeuble dotal n'est pas le seul cas où les tiers, les créanciers du mari puissent être surpris par une créance née, en faveur de la femme, d'un fait que leur droit avait précédé. Ainsi des dégradations peuvent être commises par le mari sur les immeubles dotaux ; des arbres de haute futaie peuvent être abattus sur les bois dotaux de la femme ; il se peut qu'on effectue entre les mains du mari le remboursement de rentes ou de placements hypothécaires ; une prescription

commencée dès avant le mariage, peut s'accomplir au cours du mariage par la négligence du mari. Dans tous ces cas, et dans une infinité d'autres que l'on pourrait citer, il a été plus ou moins impossible aux tiers de prévoir, de soupçonner même, la créance hypothécaire de la femme; plus impossible, assurément, que de prévoir celle résultant d'une aliénation autorisée par le contrat sur laquelle la lecture du contrat aurait pu leur donner l'éveil. S'ensuit-il cependant que la femme ne doive pas primer les tiers? En aucune façon. Dans tous ces cas, on admet sans difficulté la rétroactivité de l'hypothèque au jour du mariage et quelques-uns même à la date du contrat, et l'on tien que s'il y a danger pour les tiers en cela, on n'y saurait que faire, ce danger étant dans la loi elle-même, dans le système de l'hypothèque légale, dans son caractère d'hypothèque occulte et indéterminée.— Ainsi, là n'est pas la question.

La Cour de Caen l'a senti, et s'attachant au texte même de l'article 2135, § 2, n° 3, qui fixe le point de départ de l'hypothèque *pour le remploi des propres aliénés à la date de la vente*, elle a fait appel aux discussions de la loi pour établir que, dans la pensé du législateur, la règle devait être commune à la femme dotale et à la femme mariée en communauté.

Voyons donc les discussions de la loi. Dans le projet sorti du Conseil d'État après examen et discussion, l'article 2135 (art. 44 du projet) disait : « l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription 1°.... 2° au profit des femmes pour raison de leurs dot, reprises et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage » (Fenet, t. XV, p. 401). Ainsi, sans distinction aucune, le Conseil d'État avait fixé à une seule et même date le rang de l'hypothèque de la femme pour toutes les répétitions qu'elle aurait à exercer contre son mari. Jusque-là le Conseil ne s'était occupé, à propos de cet article, que de l'opportunité de donner à l'hypothèque légale une définition plus explicite que celle qu'elle avait reçue dans l'article 26 du projet (*V.* Fenet, *loc. cit.*, p. 363 et suiv.; Locré, t. XVI, p. 257). Nous n'avons donc rien à demander à cette première partie de la discussion pour la solution de notre question.

Il n'en est pas ainsi des observations présentées par le Tribunat sur la communication officieuse du projet qui lui fut faite le 13 ventôse an 12 (4 mars 104). En effet, le Tribunat fit remarquer sur l'article 2135, qu'il y aurait un grand inconvénient à laisser subsister d'une manière aussi indéfinie que le faisait l'article du projet de loi l'hypothèque légale des femmes sur les biens des maris. « Les sommes dotales, dit le Tribunat, ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque. — Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique également aux donations. — D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance; et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté antérieurement avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître » (Fenet, t. XV, p. 415). D'après ces observations, le Tribunat proposait de substituer à l'article 44 du projet la rédaction suivante : « L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, 1°....; 2° au profit des femmes, pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leurs maris, et à compter du jour du mariage. — Néanmoins la femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet. — Elle n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés dans le cas où il y a lieu, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. » (Locré, t. XVI, p. 316 et suiv.)

C'est à ce passage assurément que la Cour de Caen fait allusion dans son arrêt; car après cela, on ne trouve plus, dans la discus-

sion de la loi, que l'exposé des motifs présenté par M. Treilhard au Corps législatif, exposé qui reproduit, sur l'article 2135, quelques-unes des observations du Tribunat (*V.* Fenet, *loc. cit.*, p. 471; Locré, *loc. cit.*, p. 356, 357.)

Eh bien! cette partie de la discussion, ces observations du Tribunat ne sont qu'une paraphrase dont le texte est l'article 2135 du Code Napoléon : on voit, en effet que, sauf quelques changements de pure rédaction, cet article, traduction exacte et fidèle des observations du Tribunat, reproduit le texte proposé par cette fraction du Corps législatif comme résumant sa pensée. Tout ce qu'on pourrait dire donc, c'est que devant la paraphrase, au même titre que devant le texte, l'esprit demeure indécis sur le point que la Cour de Caen vient de mettre en question, à savoir : si ou non le § 3, n° 2 de l'article 2135 contient une règle commune à l'hypothèque légale de la femme dotale et à celle de la femme mariée en communauté.

Mais, si faible qu'il soit, cet avantage même ne doit pas être tiré des observations du Tribunat; à notre avis, ces observations dont la Cour de Caen se prévaut, tournent cependant contre sa thèse; car évidemment elles sont explicitement restrictives plus encore que l'article du 2135 Code Napoléon.

Et d'abord, elles disent quelque chose de plus que cet article. Le Tribunat, en effet, pose un principe; à savoir : que l'*administration du mari peut seule faire le fondement de l'hypothèque légale de la femme*. Les solutions qu'il donne, et que le Code a sanctionnées, dans les cas particuliers qu'il prévoit ensuite, ne sont plus que les applications de ce principe. Ainsi, en thèse, la femme a une hypothèque légale à compter du jour du mariage, *à raison de sa dot et des conventions matrimoniales*, parce que la dot et les conventions matrimoniales constituent le mari mandataire, et ouvrent ainsi cette administration, seul fondement possible de l'hypothèque légale. — Maintenant, échoit-il une succession à la femme pendant le mariage, ou une donation lui est-elle faite, les sommes dotales qui en proviennent seront assurées aussi par une hypothèque légale, mais cette hypothèque ne prendra date que du jour de la succession ou de celui où la donation aura reçu son effet, parce que jusque-là le mari n'a pu prendre cette

administration sans laquelle il n'y a pas de raison d'être pour l'hypothèque.

Mais assurément, le Tribunat n'eût pas été conséquent avec son principe si, en déclarant ensuite que la femme ne doit avoir hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés qu'à dater de la vente, il eût entendu que la femme même dotale serait soumise à cette règle et qu'elle n'aurait d'hypothèque, à raison de ses biens dotaux aliénés, qu'à dater de l'aliénation. Limitée à la femme mariée en communauté, cette solution présente une application du principe tout aussi exacte que les précédentes, parce qu'aucune obligation ne pèse sur le mari de la femme commune en biens relativement aux propres de celle-ci; parce que c'est l'aliénation qui seule engendre l'obligation, et qu'ainsi l'aliénation seule peut donner naissance à l'hypothèque. Étendue à la femme dotale, la solution est tout à fait en dehors de l'esprit dans lequel le Tribunat a posé son principe, parce que la dot est une charge qui grève le mari dès l'intant du mariage; parce que si cette dot se transforme, par l'effet d'une aliénation autorisée, cette transformation même est un acte de la gestion du mari, telle qu'elle lui avait été confiée par le contrat de mariage, et qu'ainsi la sûreté des sommes qui remplacent la dot primitive ne peut pas avoir d'autre point de départ que celui de la gestion même.

Aussi le tribunat n'est-il pas tombé dans cette inconséquence; nous le prouvons en prenant de ces observations ce qu'elles ont de commun avec le texte même de l'article 2135. Ce qu'elles ont de commun, c'est l'assimilation, la fusion dans une même pensée de ces deux causes distinctes de créance, l'obligation souscrite par la femme conjointement avec son mari, et l'aliénation avec son concours ou son consentement de ses propres. Or, par elle-même cette fusion est essentiellement restrictive; car les créances de la femme pour dettes contractées par elle conjointement avec son mari, ne trouvent place que dans le régime de la communauté (*V.* M. Troplong, *Des priv. et hyp.*, t. II, n° 588); les rédacteurs de la loi, et la loi elle-même se réfèrent aux articles 1431, 1487, 1494 qui n'ont, dans le régime dotal, aucune disposition analogue. C'est donc le régime de la communauté qu'ils

ont en vue. Et dès lors, comment admettre, comment supposer que ce ne soit pas le même régime qui les préoccupe encore, lorsque, à l'instant même, et dans le même membre de phrase, ils parlent de la créance résultant des propres aliénés? Cet arrangement matériel est déjà très-significatif en lui-même; mais l'induction qui s'en tire devient décisive quand on s'attache aux termes employés. De quoi parle-t-on, en effet? De l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés! *Des propres*, c'est-à-dire d'une classe de biens qui, dans le langage du droit, prennent le nom de propres par opposition aux biens *communs*. Or, il n'y a de biens *communs* que dans le régime de la communauté. Tout est séparé, dans le régime dotal, et les biens de la femme n'y sont pas des *propres*; ils sont des biens *dotaux* ou des *paraphernaux*. Les mots ici ont une valeur dont il faut savoir tenir compte; on ne doit pas supposer que le législateur s'y est mépris : quant aux auteurs, ils ne s'y sont pas mépris davantage. Et quand M. Troplong, pour n'en citer qu'un seul, passant en revue les diverses créances de la femme, assurées par son hypothèque, arrive au remploi des propres aliénés, il ne manque pas de dire, comme il l'a dit déjà pour les dettes souscrites par la femme conjointement avec son mari, que ceci est encore *une créance appartenant au régime de la communauté* (n° 589).

Tout le démontre donc, les termes dont le Tribunat s'est servi, aussi bien que le principe qu'il a posé comme point de départ de ses observations, c'est la femme commune seulement que ces observations avaient pour objet dans la partie relative à l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés. Quant à la femme dotale, il n'y avait plus à s'en occuper ; sa position, à cet égard, était réglée déjà : son droit se trouvait fixé par la première application que le Tribunat avait faite de son principe, à savoir, que la femme a une hypothèque légale, *à compter du jour du mariage*, à raison de sa dot et des *conventions matrimoniales*. Nous avions donc raison de le dire : les observations du Tribunat sont plus explicitement restrictives encore que le texte de l'article 2134, n° 2, § 3.

Du reste, cet article se suffit à lui-même ; nul ne s'y était trompé ; et quand la question s'est posée, devant la jurisprudence

comme devant la doctrine, de savoir si, sous le rapport qui nous occupe, la position de la femme dotale devait être la même que celle de la femme commune en biens, il n'y a pas eu d'hésitation. La jurisprudence s'est prononcée par la négative (Cass. 27 juillet 1826 et Grenoble 6 janvier 1831; *V.* ces arrêts à leur date dans la collection du *Palais*; *V.* aussi Devilleneuve et Carette, *Collection nouvelle*, t. 1, 401 et 1832, 2, 200). C'est aussi l'opinion que nous avons émise dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 677; M. Tessier, *De la dot*, t. II, n° 134 2°, la donne comme une règle de droit; MM. Troplong, *Des priviléges et hypothèques*, t. II, n° 589 *bis*, et Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 111, l'établissent en quelques mots.

Mais c'est surtout dans la discussion législative à laquelle ont donné lieu récemment les réformes à introduire dans notre régime hypothécaire que cette interprétation s'est produite dans tout son jour. La commission de l'Assemblée avait présenté un projet dont l'article 2130 reproduisait l'article 2135 du Code Napoléon, et en particulier le n° 3 du § 2 : le projet disait donc, comme le Code qui nous régit encore : « la femme n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes contractées avec son mari et *pour le remploi de ses propres aliénés* qu'à compter du jour de l'obligation ou *de la vente.* » Eh bien! en présence de cette disposition, M. Rouher proposa *d'ajouter* que la femme n'aurait hypothèque « *pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés que du jour de l'aliénation.* » S'est-on élevé contre cette proposition? Nullement; aucun des jurisconsultes éminents qui faisaient partie de l'Assemblée, les Dupin, les Barrot, les Vatimesnil, les Valette, les Demante, les Gaslonde, les Paillet, etc., aucun n'est venu dire que le point était décidé déjà par la disposition relative à l'hypothèque pour remploi des propres aliénés, cette disposition étant générale et applicable à la femme dotale aussi bien qu'à la femme mariée en communauté. Loin de là : la proposition de M. Rouher fut renvoyée à la commission qui émit d'abord un vote favorable. Ainsi, il fut reconnu, et du reste cela avait été dit dans la discussion, que de même que l'article 2135 du Code Napoléon, le projet nouveau n'avait réglé, quant à la date de l'hypothèque pour le prix des propres aliénés, que le sort de la femme

mariée en communauté, et que quant à celui de la femme dotale, il rentrait sous l'application du premier paragraphe qui fixe au jour du mariage la date de l'hypothèque *pour raison de la dot et des conventions matrimoniales.*

A la vérité, la commission de l'assemblée est revenue plus tard sur l'avis qu'elle avait émis; après un nouvel examen, elle proposa à l'assemblée le rejet de la proposition faite par M. Rouher.

Mais pourquoi? Serait-ce parce qu'elle en était venue à penser que cette proposition ferait double emploi avec la disposition préexistante sur l'hypothèque pour remploi des propres aliénés? En aucune façon; c'est uniquement parce que la question ne parut pas, à la commission, susceptible d'une solution législative absolue. « Nous ne pouvons pas, disait M. Vatimesnil au nom de la commission, embrasser tous les cas, toutes les combinaisons diverses qui peuvent résulter de la volonté et des stipulations des parties. Nous sommes donc obligés d'en revenir à ce point : là où il y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de la créance. Mais quand la créance existera-elle et prendra-t-elle naissance? Tout cela dépendra du contrat; ce sont des questions d'application du contrat plutôt que des questions de droit, et nous avons pensé, en y réfléchissant mieux, que le Code civil avait été sage en se bornant à poser le principe que la femme aurait une hypothèque légale toutes les fois qu'elle aurait une créance, et en n'entrant pas dans les détails. — Nous vous proposons, par conséquent, de rejeter l'amendement de M. Rouher, dont, hier, après y avoir moins réfléchi, nous vous avions proposé l'adoption..... » Sur ce, M. Rouher abandonna son amendement, s'en remettant à la jurisprudence du soin de trancher les questions doctrinales qui résulteraient de la loi nouvelle et surtout du soin d'interpréter les contrats de mariage (Séance du 15 février 1851). Ainsi on ne s'est pas entendu sur ce qu'il y avait à faire pour corriger les dangers de la rétroactivité de l'hypothèque à raison de l'aliénation des biens dotaux; mais la rétroactivité même n'a pas été un seul instant révoquée en doute; elle a été admise comme un principe, et cette interprétation, en quelque sorte législative, de la loi qui nous régit encore aujour-

d'hui donne à la doctrine que nous avons soutenue le plus solide appui.

3. Au surplus, la Cour de Caen elle-même admettrait peut-être cette doctrine en partie. En pressant, en effet, les termes de son arrêt, on en pourrait faire sortir cette idée que la rétroactivité de l'hypothèque légale serait admissible dans le cas où l'aliénation de l'immeuble dotal aurait été permise au mari et effectuée sans le concours de la femme. La doctrine de son arrêt serait ainsi applicable uniquement au cas, qui se vérifiait dans l'espèce, où l'aliénation n'aurait été autorisée et n'aurait été accomplie qu'avec le concours et le consentement de la femme. Ce cas, en effet, comme cela a été dit *loc. cit.*, dans notre *Traité du contrat de mariage*, paraît, au premier abord, présenter beaucoup d'analogie avec celui où la femme commune en biens consent à l'aliénation de ses propres : et la Cour de Caen a été conduite par cette analogie à appliquer le n° 2, § 3, de l'article 2135. Toutefois, comme nous l'avons dit aussi *loc. cit.*, « l'analogie est trompeuse; la femme commune est réputée moins dépendante de son mari que la femme dotale, et d'un autre côté, l'aliénation d'un propre dont le prix peut devenir pour la communauté une source de gains considérables, profite communément beaucoup plus à la première que l'aliénation de l'immeuble dotal ne peut profiter à la seconde. Il est donc tout à fait équitable d'accorder à celle-ci une hypothèque plus avantageuse qu'à celle-là, car il est naturel que les sûretés de la créance soient en raison inverse des avantages que cette créance procure... »

Cela est naturel; et en même temps, cela est fort juridique. Remarquez, en effet, que dans le cas même où la femme dotale se réserve de consentir à une aliénation que le contrat de mariage autorise sous condition de remploi, la position du mari relativement aux obligations qui le lient vis-à-vis de la femme, diffère essentiellement de la position du mari vis-à-vis de la femme commune relativement aux propres de celle-ci. En définitive, entre ce cas et celui où le mari de la femme dotale peut aliéner même sans le concours de la femme, il y a une différence, sans doute, qui consiste en ce que l'aliénation, dans ce dernier cas, est valable par elle-même, sans qu'il soit nécessaire que la

femme ratifie; mais le payement ne l'est pas s'il n'est accompagné du remploi. Or, ce remploi est prescrit par le contrat de mariage; il est une condition de l'administration que ce contrat a conférée au mari : c'est en ceci que le cas où l'aliénation n'est autorisée qu'avec le consentement de la femme dotale se confond pleinement avec celui où l'aliénation est permise au mari seul. Il est vrai de dire, en effet, que le remploi est une obligation corrélative à la faculté accordée par le contrat de mariage et sans laquelle le mari et la femme n'auraient pas pu aliéner, une condition inséparable de la concession accordée, et rentrant dans cette administration dont le contrat de mariage est la source, administration qui, suivant l'expression du Tribunat, est le fondement de l'hypothèque légale; il est encore vrai de dire que cette condition étant imposée au mari par les conventions matrimoniales, son inexécution se transforme en une créance qui a sa cause dans ces mêmes conventions, puisqu'elles se composent de toutes les stipulations sous la foi desquelles le mariage a été contracté; et par conséquent, dès qu'on trouve ici cette créance corrélativement à laquelle l'hypothèque existe, comme l'exprime M. Vatimesnil, il est vrai de conclure que l'inexécution de la condition a sa sanction dans le § 1, n° 2, de l'article 2135, qui fait partir du jour du mariage l'hypothèque légale de la femme à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

C'est donc à tort, selon nous, que la Cour de Caen, appliquant à cette hypothèse, le § 3 du même numéro, fixe le point de départ de cette hypothèque à la date de l'aliénation : cette limitation qui, d'ailleurs, est sortie vaincue de l'épreuve législative à laquelle elle a été récemment soumise, ne prévaudra pas, nous l'espérons, tant que la loi qui nous régit restera ce qu'elle est aujourd'hui.

4.—(BRUXELLES, 29 JANV. 1851; *Dalloz*, 52, 2, 28;—LYON, 24 MAI 1850; *J. P.*, 1852, 1, 255.)—Sans sortir de cette matière des hypothèques, nous relevons, dans les recueils, deux décisions qui se rattachent à l'une des difficultés les plus ardues de la matière. Par l'une de ces décisions, la cour de Bruxelles, s'attachant au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, juge que de deux créanciers ayant hypothèque spéciale, chacun sur

un immeuble distinct du débiteur, il suffit que l'un se soit fait subroger à une hypothèque générale antérieure en date aux deux autres, pour qu'il doive être réputé avoir intérêt et, par suite, pour qu'il soit fondé à requérir collocation pour l'hypothèque générale sur celui des immeubles qui est spécialement affecté à l'autre créancier. — Par l'autre décision, la cour de Lyon juge que, lorsqu'un seul ordre est ouvert pour la distribution du prix de plusieurs immeubles, sur lesquels certains créanciers ont des hypothèques spéciales, et un créancier une hypothèque générale primant les hypothèques spéciales, le juge-commissaire peut colloquer le créancier à hypothèque générale sur le prix de tel ou tel immeuble, de manière à ce que les hypothèques spéciales antérieures soient payées de préférence aux hypothèques spéciales postérieures, et qu'on ne peut voir là une atteinte à l'indivisibilité de l'hypothèque, mais un simple mode de collocation, que le créancier est sans intérêt et, par conséquent, sans droit à contester.

Cette dernière décision ne laisse pas, en raison des circonstances, de prétexte à la controverse. La Cour de Lyon a reconnu, en principe, l'indivisibilité de l'hypothèque. Elle a dit qu'un créancier à hypothèque générale ne peut être forcé, dans l'intérêt d'un créancier à hypothèque spéciale, soit de poursuivre l'exercice de son droit sur tel immeuble plutôt que sur tel autre, soit de diviser l'exercice de ce droit entre plusieurs immeubles. Elle a dit également que si plusieurs ordres sont ouverts dans des tribunaux différents, le créancier à hypothèque générale, maître d'user de son droit comme il l'entend, ne peut être forcé, contre sa volonté, de produire aux uns plutôt qu'aux autres. Seulement il ne paraît pas qu'il y eût dans l'espèce, où il s'agissait d'un ordre unique, intérêt pour le créancier à hypothèque générale à être colloqué sur tel immeuble plutôt que sur tel autre. Au contraire, les créanciers à hypothèque spéciale, ou quelques-uns, avaient intérêt à ce que la collocation du créancier à hypothèque générale se fît de telle manière plutôt que de telle autre, en ce que les fonds auraient pu manquer sur eux, si tout le poids de l'hypothèque générale avait porté sur les immeubles affectés à leur créance. Dans cet état des faits, la Cour de Lyon pense que ce n'est pas le cas de s'armer de la rigueur des

principes; elle admet que la collocation de l'hypothèque générale a pu être faite de manière à laisser produire effet aux hypothèques spéciales dans l'ordre de leurs dates. Cela avait été jugé ainsi déjà par la Cour de Grenoble, le 14 avril 1848 (D. P., 51, 2, 227). C'est une solution d'espèce qui ne porte pas aux principes une atteinte sérieuse.

Mais en serait-il de même si le créancier à hypothèque générale avait un intérêt marqué à obtenir sa collocation sur tel immeuble plutôt que sur tel autre? Pourrait-on lui opposer les droits acquis, et diviser son hypothèque générale, même au préjudice d'une hypothèque spéciale qu'il aurait sur l'un des immeubles dont le prix serait en distribution, et qui serait postérieure en date à d'autres hypothèques spéciales frappant sur d'autres immeubles? La négative s'induit des motifs de l'arrêt rendu par la Cour de Bruxelles, le 29 janvier 1851. C'est aussi l'avis que nous avons émis, dans un autre recueil [1], contre l'opi-

[1] *Revue de législat. et de jurispr.*, 1845, t. I, p. 522 et suiv. — A l'occasion de notre dissertation, on nous a soumis récemment une difficulté qui n'entrait pas dans notre sujet, et dont par conséquent nous n'avons pas eu à nous occuper. Voici l'espèce proposée :

On suppose la distribution en un seul ordre du prix de plusieurs immeubles situés dans le même arrondissement, et dont l'expropriation a produit une somme de 80,000 fr. Ces immeubles sont grevés d'inscriptions hypothécaires pour une somme de 100,000 fr., savoir : 10,000 fr. par hypothèque spéciale sur l'immeuble A, au profit de Primus; 40,000 fr. par hypothèque conventionnelle également, mais frappant sur tous les immeubles successivement désignés, y compris l'immeuble A, au profit de Secundus, Tertius, Quartus; 30,000 fr., encore par hypothèque conventionnelle, sur tous les immeubles, y compris l'immeuble A, au profit de Quintus et Sextus; enfin 20,000 fr., aussi par hypothèque conventionnelle sur tous les immeubles, sans exception, au profit de Septimus. — Les inscriptions ont été prises par les divers créanciers dans l'ordre qui vient d'être indiqué; mais Primus a négligé de renouveler la sienne en temps utile; le renouvellement, fait après l'expiration de la dixième année, n'a eu lieu que quand le débiteur avait grevé tous ses immeubles au profit de Secundus, Tertius et Quartus, en sorte que de premier qu'il était spécialement sur l'immeuble A, Primus est devenu le quatrième. — Il faut noter, d'ailleurs, que cet immeuble a été vendu 10,000 fr., somme égale au montant de la créance de Primus.

Dan cette position, comment se fera la collocation, et qui supportera la différence de 20,000 fr. existant entre le montant des inscriptions et le produit de l'expropriation?

Il ne s'agit pas ici, on le voit, du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales; l'ordre s'ouvre entre créanciers tous porteurs d'hypothèques conventionnelles : la règle sera donc dans la date de l'inscription combinée avec la spécialité de l'hypothèque.

Si Primus, veillant mieux à ses droits, s'en était assuré la conservation par un renouvellement opéré en temps utile, il aurait primé tous les créanciers relativement à l'immeuble A, qui était spécialement affecté à sa créance. Ainsi, colloqué

nion de quelques auteurs (*V.* notamment MM. Grenier, t. I, n° 180, et Troplong, *Des priv. et hyp.*, n° 760), en appréciant un arrêt du 24 décembre 1844, par lequel la Cour de cassation a définitivement rejeté cette opinion. Séduite par la doctrine de la division, avons-nous dit à ce propos, la Cour de cassation l'avait d'abord admise dans un arrêt du 16 juillet 1821, où on lit : « S'il est dans la nature de l'hypothèque spéciale de restreindre son

dans l'ordre pour la somme de 10,000 fr., montant de sa créance, il aurait absorbé le prix entier de l'immeuble A, dont la vente avait produit précisément 10,000 fr. Les créanciers inscrits ensuite, n'ayant plus pour gage que les autres immeubles saisis sur le débiteur, ou leurs prix, auraient été colloqués à leur rang, c'est-à-dire Secundus, Tertius et Quartus d'abord pour 40,000 fr., et ensuite Quintus et Sextus pour 30,000 fr., en sorte que les fonds manquant sur Septimus, celui-ci aurait perdu l'entier montant de sa créance.

Mais par suite de la négligence de Primus, il s'introduira dans ce résultat des modifications nécessaires. Ces modifications ne toucheront cependant que la position de Primus et celle de Septimus. Le résultat pécuniaire ne sera pas changé quant à Secundus, Tertius et Quartus. Puisqu'ils trouvaient leur entière créance dans la précédente combinaison, ils ne devront pas trouver moins dans celle-ci, alors que leur position hypothécaire s'est améliorée en montant d'un rang. Mais sur quels prix seront-ils colloqués ? Sur le prix de la totalité des immeubles sans exception, car l'hypothèque, à leur égard, portait spécialement sur tous les immeubles sans exception. Si l'immeuble A leur échappait dans la première combinaison, c'est que Primus, créancier inscrit avant eux, en absorbait le prix. Celui-ci écarté ou évincé par son propre fait, le gage est restitué dans sa plénitude ; il n'y a plus de motif pour que Secundus, Tertius et Quartus ne viennent pas sur toutes et chacune de ses parties.

Primus sera colloqué ensuite. Mais pour quelle somme? Seulement pour ce qui restera du prix de l'immeuble A, car son hypothèque, à lui, portait limitativement sur cet immeuble. La spécialité de son droit ne permettra donc pas qu'on l'étende au delà. Or comme Secundus, Tertius et Quartus ont été colloqués pour 40,000 fr., c'est-à-dire pour la moitié des divers prix en distribution, comme dans ces 40,000 fr. entrent nécessairement 5,000 fr. formant la moitié du prix de l'immeuble A, il ne restera qu'une somme égale de 5,000 fr. pour Primus.

Les autres créanciers viendront ensuite dans l'ordre de leur date pour les 35,000 fr. restant : ainsi 30,000 fr. seront alloués à Quintus et Sextus pour leur créance de pareille somme; Septimus aura les 5,000 fr. de surplus.

Dans cette combinaison, Septimus perdra les trois quarts de sa créance, au lieu de la perdre en entier comme dans la précédente; quant à Primus, qui recevait la sienne intégralement dans la précédente combinaison, il en perdra la moitié dans celle-ci.

Et Primus ne serait pas fondé à se plaindre. Supposons qu'il eût traité le quatrième avec son débiteur, et eût reçu de lui une hypothèque que trois autres hypothèques avaient déjà précédée; assurément il aurait eu une grande imprévoyance à se reprocher s'il eût accepté une hypothèque limitée au seul immeuble A. En présence des affectations hypothécaires préexistantes, l'insuffisance du gage devait lui être démontrée, et il n'aurait pu imputer qu'à lui-même le tort qu'il aurait éprouvé dans la distribution des prix. Eh bien! en ne renouvelant pas son inscription en temps utile, il s'est placé précisément dans la même position : à qui la faute, si sa négligence, en le faisant descendre au quatrième rang, lui a préparé le même mécompte?....

effet à l'immeuble qui en est l'objet, il est aussi dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, parce que le créancier qui a prêté le dernier a eu bien moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur commun. » (*V.* l'arrêt à sa date, dans les collect. du *Palais* et de MM. Devilleneuve et Carette.) Mais la Cour de cassation n'a pas persisté dans cette doctrine; un premier arrêt, du 4 mars 1833 (D. P., 1833, 1, 124), l'avait déjà répudiée, et celui du 24 déc. 1844 (*J. P.*, 1845, 1, 98; Devill. et Car., 1845, 1, 113; D. P., 1845, 1, 53) la rejeta définitivement, en décidant qu'un créancier porteur d'une hypothèque générale a le droit de se faire colloquer sur le prix de ceux des immeubles grevés qu'il a intérêt à choisir, soit en ce que l'adjudicataire présente plus de solvabilité, soit en ce qu'il a sur les autres immeubles qu'il veut laisser libres une seconde créance d'une date postérieure, et primée par les hypothèques spéciales qui les grèvent, alors même que par ce choix il ferait porter sa collocation sur les immeubles frappés des hypothèques spéciales les plus anciennes. Ainsi la Cour de cassation a proscrit la division fondée sur l'antériorité, division qu'elle avait bien à tort adoptée dans son arrêt de 1821; et en effet, cette doctrine, malgré son apparente équité, blessait au fond les lois de la justice. Il est bien évident que tous les créanciers à hypothèque spéciale ont su, en traitant avec le débiteur dont tous les biens étaient déjà grevés d'une hypothèque générale, que, par l'effet de l'indivisibilité, le porteur de cette hypothèque pourrait s'en prendre à celui des immeubles qu'il lui plairait de choisir. De quoi donc a dû se préoccuper chacun d'eux en traitant avec le débiteur? D'une seule chose : de la valeur de l'immeuble qui lui était offert pour gage, en le comparant au montant de la dette nouvelle que le propriétaire de l'immeuble contractait avec lui, et de celle pour sûreté de laquelle existait déjà une hypothèque générale. La prudence ne commandait rien de plus; et dès lors était-il juste, le cas échéant d'une expropriation générale du débiteur, que le créancier spécial fût privé de ce qui lui était dû, en faveur d'un autre créancier spécial comme lui, même plus ancien, mais auquel un autre gage avait été donné? En outre, ce système de la division ré-

glée sur l'antériorité n'était-il pas, en droit, exclusif d'un principe fondamental aussi en matière d'hypothèque, la spécialité? Sans doute il est dans l'esprit général du système hypothécaire, comme l'a dit la Cour de cassation, d'avoir égard à l'antériorité du droit acquis (C. Nap., art. 2134); mais c'est uniquement lorsqu'il s'agit d'hypothèques assises sur les mêmes biens. S'il s'agit d'hypothèques portant sur des immeubles différents et distincts, la spécialité réclame une tout autre solution. Alors le rang des uns n'a aucun point de contact avec celui des autres; il n'y a point de cause de préférence, quels que soient l'objet et la date des inscriptions, parce que si l'inscription rend l'hypothèque efficace, elle ne l'étend pas du moins à des immeubles sur lesquels le débiteur ne l'a pas spécialement conférée, et qu'ainsi l'inscription prise sur un immeuble est comme si elle n'existait pas relativement à tout autre immeuble. Tel est l'effet de la spécialité; et lorsqu'en 1821 la Cour de cassation, méconnaissant l'indépendance absolue des inscriptions prises sur des immeubles différents, supposait que les unes peuvent refluer sur les autres, elle oubliait ce principe de la spécialité qui, aussi bien que l'indivisibilité, est une des règles fondamentales du système hypothécaire.

5. Ce que nous disons du créancier à hypothèque générale, nous le dirons aussi de celui qui, en vue d'une collocation meilleure, se serait fait subroger aux droits de ce créancier en le désintéressant. Le subrogé vient à la place du subrogeant avec les mêmes droits que lui, avec la facilité, par conséquent, de requérir comme lui la collocation la plus susceptible de sauvegarder ses intérêts. C'est ce que l'arrêt de la Cour de Bruxelles a spécialement décidé. Il résulte, cependant, de l'arrêt déjà cité de la Cour de Grenoble, du 14 avril 1848, que le créancier à hypothèque spéciale, ne peut, en se faisant subroger au droit d'un créancier à hypothèque générale, première en date, se créer une cause de préférence sur les créanciers à hypothèque spéciale, inscrits avant lui sur d'autres immeubles, et faire porter l'hypothèque générale sur ces derniers biens (*V.* aussi, en ce sens, M. Troplong, n°s 755 et 757). Pourquoi cela? La subrogation est-elle donc interdite au créancier inscrit dont l'hypothèque

ne vient qu'après d'autres hypothèques? Non : la loi ouvre le moyen de la subrogation dans les droits du créancier à toute tierce personne qui le paye. Il y a plus, on voit par l'article 1251, n° 1, que la subrogation existe de plein droit au profit de celui qui, étant créancier lui-même, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Mais si la subrogation est permise au créancier, de quel droit en modifier les effets légaux? Elle n'est pas, qu'on le remarque bien, une de ces conventions dont il soit loisible de changer le caractère. La subrogation a pour effet de placer le subrogé dans les droits, actions, priviléges ou hypothèques du subrogeant contre le débiteur. La loi est fort précise en ce sens, et on la méconnaît assurément en contestant au subrogé l'exercice de son droit contre le débiteur dans la mesure même où ce droit aurait pu être exercé par le subrogeant. On admet sans difficulté que celui-ci aurait pu, s'il avait eu intérêt à le faire, porter son hypothèque générale sur tel ou tel immeuble (*V.* ci-dessus l'arrêt de Lyon, du 24 mai 1850). Il faut donc admettre que le subrogé, qui a succédé aux droits du subrogeant en le désintéressant, le peut également lorsqu'il y a intérêt. Sans cela, la subrogation que le créancier aurait obtenue ne serait pas une subrogation réelle; ce serait une convention d'un genre particulier, une convention qui n'est établie nulle part dans la loi, qui n'aurait de la subrogation que le nom et ne serait pas même celle que les parties ont entendu faire. Les tribunaux ne sauraient être autorisés à créer de pareilles conventions.

Ainsi a pensé la Cour de Bruxelles; en conséquence, laissant à la subrogation qui avait été stipulée, dans l'espèce, tous ses effets légaux, elle a consacré le droit, pour le subrogé, de diriger sa collocation, comme le subrogeant aurait pu le faire lui-même. En cela, elle s'est mieux pénétrée que la Cour de Grenoble des vrais principes et de l'esprit de la loi.

6. — (Cass. 23 fév. 1852; *Devill. et Car.*, 52, 1, 82; *Dalloz*, 52, 1, 39; *J. P.*, 1842, 1, 257.) — Nous ne pouvons nous ranger de même à la doctrine de l'arrêt du 23 février 1852, par lequel la Cour de cassation, statuant en chambres réunies, vient de maintenir la solution qu'elle a invariablement consacrée

depuis l'année 1827 au milieu des plus vives attaques. La question est de savoir si toutes choses étant entières, le créancier à hypothèque légale pourrait se présenter à l'ordre, bien qu'on eût négligé de requérir une inscription pour lui après les notifications régulièrement faites par l'adjudicataire? En d'autres termes, si le créancier à hypothèque légale, que la jurisprudence déclare définitivement déchu, dans ce cas, de son droit sur l'*immeuble* vis-à-vis de l'adjudicataire, doit être considéré comme déchu aussi de son droit sur *le prix* vis-à-vis des autres créanciers. La Cour de cassation, suivant ses traditions de vingt-cinq années, vient de juger une fois de plus que le créancier, dans l'espèce la femme dont l'hypothèque légale est purgée faute d'avoir pris inscription dans le délai prescrit sur les biens vendus, ne peut revendiquer un droit de préférence dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix. Elle avait jugé de même déjà par ses arrêts du 8 mai 1827, 11 août 1829, 15 décembre 1829, 18 juillet 1831, 26 juillet 1831, 1er août 1837, 5 mai 1840, 6 janvier 1841, 3 février 1847 et 11 mars 1851. C'est aussi le parti qui a été suivi par quelques auteurs [1] et par plusieurs arrêts de Cour d'appel [2].

Nous avons établi ailleurs [3], du reste, avec la généralité des auteurs et la plus grande partie des cours d'appel [4], que les prin-

[1] *V.* MM. Grenier, n° 490 (il avait embrassé d'abord l'opinion contraire; *V.* n° 266); Hervieu, v° *Ordre*, n° 57; Chardon, *Traité des trois puissances*, t. II, p. 321; Tessier, t. II, n° 150; Benoit, *De la dot*, t. II, n° 69; Duranton, t. XX, n° 421 *bis*.

[2] Nous signalerons entre autres les arrêts de Grenoble, du 25 juin 1812, 8 juill. 1822 et 8 févr. 1842; de Metz, 5 févr. 1823 et 16 janv. 1827; de Nîmes, 20 mars et 10 déc. 1828, 7 juill. 1851; de Caen, 15 janv. 1829; de Bordeaux, 28 mai 1830 et 19 déc. 1840; d'Amiens, 14 août 1839 et 12 mars 1842; de Lyon, 31 déc. 1841; de Rouen, 9 janv. 1840, et de Paris, 29 juin 1844. Cette dernière Cour avait consacré jusque-là la doctrine contraire.

[3] V. *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1847, t. I, p. 41-57.

[4] *V.* notamment la dissertation si savante et si pleine de M. Troplong, t. IV, nos 984 et suiv., — Add. MM. Persil, *Quest.*, t. II, p. 82, et *Rég. hyp.*, t. II, art. 2195, n° 3; Baudot, *Tr. des formal. hyp.*, t. I, n° 362; Despréaux, v° *Hyp.*, n° 136; Jacob, *Sur la saisie immob.*, t. I, nos 147 et suiv.; Freminville, *De la minor.*, t. II, n° 1158; Magnin, *ibid.*, t. II, n° 1297; Delvincourt, t. III, aux notes sur la page 172, n° 1; Zachariæ, t. II, § 295, note 10; Mourlon, *Troisième examen*, p. 539; Taulier, t. VII, p. 416; Dupin, *Réq. et plaid.*, t. III, p. 89; Coulon, t. II, p. 39; Devilleneuve et Carette, collect. nouv., t. IX, part. 1, p. 349; Gilbert, *Cod. annot.*, sur l'article 2195, n° 4; Rolland de Villargues, v° *Inscript. hyp.*, n° 13. — *V.* enfin les arrêts d'Aix, 21 avril 1845; d'Angers, 3 avril 1835;

cipes généraux sont contraires à cette solution. On ne conteste pas, en effet, que la purge des hypothèques légales ne soit établie dans l'intérêt exclusif des acquéreurs ; d'un autre côté, il est certain qu'à l'égard des créanciers, la femme ou les mineurs n'ont pas besoin d'inscription. Cela étant, la conclusion se présente d'elle-même : qu'ils aient répondu ou non par une inscription aux notifications qui leur ont été faites, la femme ou le mineur, qui se présentent spontanément à l'ordre ouvert pour la distribution du prix, n'en doivent pas être écartés. Car, par qui pourraient-ils l'être ? Par l'acquéreur ? Il est sans intérêt, puisque l'immeuble étant désormais purgé vis-à-vis de lui, il lui importe peu de se libérer entre les mains de l'un ou de l'autre. Par les créanciers ? Ils sont sans droit, puisque, vis-à-vis d'eux, l'existence de l'hypothèque légale est indépendante de toute inscription.

Cette donnée première qui s'induit, au premier aperçu, des principes généraux, trouve dans l'examen approfondi de la loi une pleine et entière confirmation. Et la Cour de cassation n'a été conduite à la méconnaître que par la confusion perpétuelle de deux questions absolument distinctes par leur nature et par leur objet : elle a réuni dans une même pensée, pour les soumettre à un principe commun, les deux droits, essentiellement différents cependant, dans lesquels vient se résumer toute hypothèque, c'est-à-dire le droit de suite, qui intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec l'adjudicataire ou l'acquéreur de l'immeuble affecté à leurs créances, et le droit de préférence, complétement étranger à l'adjudicataire ou à

de Besançon, 17 mars 1827 ; de Bordeaux, 31 juill. 1826 ; de Bruxelles, 26 mai 1813 ; de Caen, 22 juin 1816 et 5 mai 1823 ; de Colmar, 23 mai 1820, 24 mai 1821, 21 juin 1828 ; de Douai, 14 avril 1820 ; de Grenoble, 4 fév. 1824, 2 avril et 31 août 1827, 3 fév. 1831 ; de Lyon, 28 janv. 1825 ; de Metz, 16 juill. 1823 ; de Montpellier, 19 mai 1824, 12 janv. 1828, 6 août 1831, 18 nov. 1836, 2 juill. 1840, 29 avril 1845 ; de Nîmes, 12 fév. 1833, 19 août 1841, 3 août et 17 nov. 1847 ; d'Orléans, 2 mars 1836 ; de Paris, 15 juill. 1829, 10 août 1831, 15 fév. 1832, 12 janv. 1834, 3 déc. 1836, 3 déc. 1838, 24 août 1840 ; de Pau, 30 juin 1830 ; de Riom, 15 avril 1826, 18 janv. 1828, 8 mars 1834, 23 fév. 1649 ; de Rouen, 10 avril 1823 ; de Toulouse, 6 déc. 1824, 1er juill. 1828. — Nous ne donnons pas ici, pour abréger, l'indication des Recueils où ces arrêts sont rapportés. Le lecteur peut se référer au dernier arrêt de la Cour de cassation. Les trois Recueils que nous citons en tête de ce numéro le font suivre de notes de concordance qui le mettront sur la voie.

l'acquéreur et qui ne concerne que les créanciers dans leurs rapports entre eux.

Nous ne reviendrons pas ici sur les observations que nous avons présentées, d'autant plus que le nouvel arrêt de la Cour de cassation n'est fondé sur aucune considération qui n'ait été déjà combattue. D'ailleurs, après le réquisitoire remarquable, par lequel M. le procureur général Delangle, reprenant la tâche que son prédécesseur avait entreprise, a fait de vains efforts pour retirer la Cour suprême de la voie dans laquelle elle est engagée, nous ne saurions rien ajouter à une thèse qui a reçu son plus beau comme son plus large développement.

7.—(RENNES, 28 JUILL. 1851; PARIS, 3 FÉV. ET 9 MARS 1852, NIMES, 17 FÉV. 1852; *J. P.*; 1852, 1, p. 142 *et suiv.*). — Nous avons signalé, dans cette *Revue*, t. I, p. 385 et suiv., un arrêt par lequel la deuxième chambre de la Cour de Paris, reprenant la lutte dans laquelle cette Cour avait succombé, en 1845, devant la Cour de cassation, jugeait que le vendeur d'un office non payé a un privilége qu'il peut exercer, même en cas de destitution du titulaire débiteur du prix, sur l'indemnité arbitrée par le gouvernement et mise à la charge du nouvel institué, nommé directement et sans présentation pour être distribuée à qui de droit [1]. Les arrêts dont les dates précèdent, et que nous relevons dans le journal du *Palais*, statuent sur la même question, mais ils la résolvent en sens divers. Celui de Rennes admet le privilége; celui de Nîmes le rejette au contraire. Quant à ceux de la Cour de Paris, ceci est remarquable, ils sont rendus dans le même sens que ce dernier; en sorte que cette Cour, qui, la première, a engagé la lutte et la soutenait encore le 9 janvier 1851, s'en retire aujourd'hui [2] et vient se ranger à la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Ainsi, la Cour de Paris reconnaît, et la Cour de Nîmes reconnaît avec elle, que tous les droits du successeur d'un titulaire destitué remontent au gouvernement qui l'a nommé, et qui, en le nommant, lui a imposé l'obligation

[1] Cet arrêt est du 9 janvier 1851. V. *J. P.*, 1851, 1, 171; Devill. et Car., 51, 2, 7.

[2] Il est à propos cependant de faire remarquer que les arrêts des 3 fév. et 9 mars 1852, rendus sous la présidence de M. le premier président Troplong, émanent d'une autre chambre que celui du 9 janvier 1851.

de payer une indemnité à qui il appartiendra ; que cette indemnité ne se rattache en rien à une vente, puisqu'on ne trouve dans la transmission aucun des éléments de la vente ; qu'il n'y a pas en effet de *chose*, car par la destitution l'office fait retour à la puissance publique, et le droit de présentation, seule chose qui puisse faire l'objet d'une convention privée en cette matière, est anéanti ; qu'il n'y a pas de *consentement*, car le successeur n'a pas traité avec le prédécesseur ; enfin, qu'il n'y a pas de *prix*, puisque le prix est la valeur d'une chose fixée par la volonté même du vendeur et de l'acheteur ; et que, dans ces circonstances, l'article 2102 du Code Napoléon ne peut trouver son application, surtout si l'on considère que les priviléges sont de droit étroit et ne s'étendent pas d'un cas à un autre. C'est la doctrine que nous avons soutenue ; nous renvoyons le lecteur à nos précédentes observations.

8. — (Cass. 24 fév. 1852 ; *Dalloz*, 52, 1, 46.) — La *Revue critique* s'est occupée également, à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 1er juillet 1850, d'une autre question qui a pris, depuis quelque temps, une importance pratique attestée par le nombre même des décisions récentes dont elle a été l'objet : c'est celle de savoir si l'article 2151, qui reconnaît au créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages le droit d'être colloqué, *pour deux années seulement et l'année courante*, au même rang d'hypothèque que pour son capital, doit être pris comme accordant l'hypothèque *pour trois années entières* ou pour deux ans et le prorata de l'année qui est en cours au moment où cessent les effets de l'article 2151. L'arrêt précité se prononce dans ce dernier sens. C'est aussi la solution qui a été défendue par M. Nicias Gaillard avec une grande autorité de raison dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1850, t. II, p. 370, et celle que nous avions émise dans le même Recueil, année 1846, t. II, p. 337, et que nous avons reproduite dans celui-ci, t. I, p. 11 et suiv. Cette même solution vient d'être confirmée par un nouvel arrêt de la Cour de cassation, que M. Dalloz rapporte sous la date du 24 février 1852. On pourra joindre aux documents de doctrine et de jurisprudence que l'arrêtiste indique à propos

de cette décision, la *Revue critique* qu'il a omis de citer.

9. —(Cass. 10 fév. 1852; *J. P.*, 1852, 1, 158; *Dalloz*, 52, 1, 57.) — La loi fiscale établit, comme nous avons eu déjà l'occasion de le faire remarquer (*V.* t. I, p. 401 et suiv.), deux cas d'expertise, dont le premier, relatif aux transmissions à titre onéreux, est réglé par l'article 17 de la loi du 22 frimaire an VII. Aux termes de cet article : « Si le prix énoncé dans un acte translatif de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, à titre onéreux, paraît inférieur à leur valeur vénale à l'époque de l'aliénation, par comparaison avec les fonds voisins de même nature, la régie pourra requérir une expertise, pourvu qu'elle en fasse la demande dans l'année à compter du jour de l'enregistrement du contrat. » Les actes translatifs dont cet article entend parler sont incontestablement ceux que l'article 15, n° 6 de la même loi énonce comme passibles d'un droit liquidé sur le prix exprimé, c'est-à-dire les ventes, adjudications, cessions, rétrocessions, licitations et tous autres actes civils et judiciaires portant translation de propriété ou d'usufruit à titre onéreux.

Ceci posé, on s'est demandé si, lorsque l'administration dans le cas de surenchère, a perçu d'abord sur le premier acquéreur le droit simple de la transmission sur le prix exprimé, et ensuite sur l'adjudicataire substitué par la surenchère au premier acquéreur, le droit simple sur l'excédant du prix, la voie de l'expertise lui est ouverte à l'effet de percevoir ultérieurement du premier acquéreur le double droit à raison de la dissimulation de prix dont son contrat aurait été entaché. La question a été posée devant la Cour de cassation qui a jugé, par l'arrêt précité du 10 février 1852, que l'action de la régie est épuisée par le payement intégral du droit simple sur le prix le plus élevé, et que dès lors elle ne peut plus recourir à l'expertise.

Cette décision est diversement appréciée par les recueils dans lesquels elle est rapportée. Le *Journal du Palais* l'approuve en ce que si d'après la jurisprudence l'expertise doit être ordonnée alors même que la vente a été suivie de surenchère, il n'en est ainsi que lorsque la validité aussi bien que les résultats de la surenchère sont encore incertains; mais que, lorsque le sort de la surenchère est fixé, quand l'adjudication a substitué au pre-

mier acquéreur le nouvel adjudicataire réputé propriétaire dès l'origine moyennant le prix définitivement fixé, il ne peut plus y avoir de prétexte à l'expertise. Au contraire, M. Dalloz, lié en quelque sorte par les principes exprimés dans la nouvelle édition du *Traité de l'enregistrement*, critique l'arrêt de la Cour de cassation et justifie, en effet, sa critique par les théories établies au Traité, n°s 2398, 2401, 2411, 2414, 4699 et suiv.

Qu'il nous soit permis de nous prévaloir aussi de ces théories; M. Dalloz les aurait établies assurément sans nous; mais en fait nous les avons établies pour et avec lui.

Nous dirons donc, conformément à ces théories, que dans les contrats *volontaires* à titre onéreux, comportant l'expression d'un prix, l'expertise requise par l'administration, dans tous les cas où l'insuffisance du prix peut être supposée, doit être admise. Elle serait sans objet à l'égard d'une vente *judiciaire;* la publicité et les formalités qui accompagnent une pareille vente étant par elles-mêmes exclusives de toute idée de collusion et de fraude. Voilà pourquoi il est admis que l'administration ne peut demander l'estimation par expertise des biens adjugés en justice pour établir que le prix d'adjudication est inférieur à la valeur vénale et exiger, s'il y a lieu, un supplément de droit (*V.* l'arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1850, apprécié dans cette *Revue*, t. I, p. 401 et suiv.). Mais le droit de la régie ne peut être contesté lorsqu'elle requiert l'expertise à l'occasion d'une vente volontaire. Or la vente était volontaire dans l'espèce; le prix exprimé ne pouvait pas ne pas être supposé insuffisant puisque revendu sur la surenchère, à cinq mois d'intervalle, l'immeuble était monté de 12,000 fr., prix auquel il avait été primitivement vendu, à 29,839 fr. 60 cent. prix de l'adjudication en y comprenant les charges.

A cela la Cour oppose que l'adjudication avait immédiatement anéanti la première acquisition à raison de laquelle aucune action postérieure à l'adjudication ne pouvait plus être exercée contre l'acquéreur primitif, et qu'un seul droit étant dû sur le prix tel qu'il était définitivement fixé par l'adjudication, le premier acquéreur, contre lequel l'administration de l'enregistrement n'avait pas d'action pour le payement du supplément du

droit simple, ne pouvait être poursuivi pour le payement du double droit, auquel la loi fiscale n'assujettit que le débiteur principal qui n'a pas satisfait à cette obligation.

Si nous avons bien saisi les traditions que la Cour de cassation elle-même a dès longtemps établies sur cette matière, nous sommes fondés à dire que les considérations qui précèdent contrarient toutes ces traditions.

La première acquisition, dit aujourd'hui la Cour de cassation, est immédiatement anéantie par l'adjudication sur surenchère. Mais alors, pourquoi la Cour de cassation a-t-elle, en d'autres circonstances, autorisé la liquidation du droit à percevoir sur le prix de la première acquisition? Elle procède ainsi dans toutes les circonstances où le prix de cette première acquisition est plus élevé que celui de la seconde (arrêts des 27 mai 1823 et 6 février 1833), ce qui se vérifie fréquemment dans les cas de folle enchère, et peut se produire aussi dans le cas de surenchère, spécialement dans les licitations. Pourquoi cela? Parce que la cour a senti qu'il ne fallait pas faire violence à la nature des choses. L'adjudication efface la première acquisition en ce sens que l'adjudicataire vient se substituer au premier acquéreur; mais, en fait, celui-ci a été propriétaire jusqu'à l'adjudication, propriétaire dont le droit, éteint par l'accomplissement de la condition résolutoire sous laquelle il s'était formé, n'en a pas moins subsisté réel et sérieux jusque-là. Ceci explique et justifie la jurisprudence dans les décisions qui, ayant à statuer sur la perception du droit unique auquel sont cumulativement soumises l'acquisition résolue et l'adjudication subsistante, n'ont pas admis que, soit l'une, soit l'autre, dût rester toujours et absolument indifférente pour la supputation du droit.

Mais en même temps, cela condamne la doctrine consacrée par le dernier arrêt de la Cour de cassation. Si la première acquisition a eu, pendant un temps donné, une existence réelle, elle a existé nécessairement avec les obligations qu'elle imposait à l'acquéreur, notamment avec l'obligation d'acquitter les droits et cela sous les sanctions pénales établies par la loi. Si donc il a dissimulé son prix, ou s'il a dépassé les délais dans lesquels il était tenu de présenter son acte à la formalité, il a encouru la peine

du double droit. L'adjudication qui viendra ensuite sur la surenchère dont son acquisition est l'objet ne pourra rien changer à cela. Si, par l'événement de cette surenchère, ce premier acquéreur est dépossédé, il ne devra pas, sans doute, être recherché par la régie pour le payement du supplément de droit auquel cette adjudication pourra donner ouverture : ce supplément est à la charge de l'adjudicataire; la Cour de cassation a eu raison de le dire. Mais ce double droit qu'il a encouru à l'occasion de son acquisition restera comme sa dette propre, comme une peine qu'il a personnellement encourue et, par conséquent, avec cette dette subsistera le droit corrélatif de la régie d'en établir l'existence par toutes les voies que la loi met à sa disposition, spécialement par la voie de l'expertise, et ultérieurement d'en poursuivre le recouvrement.

La Cour de cassation s'est donc méprise en concluant de l'extinction de l'action de la régie à raison du supplément du droit simple qui avait été payé par l'adjudicataire, à l'extinction de l'action en payement du double droit auquel donnait ouverture la dissimulation commise par le premier acquéreur. Ses propres précédents sont absolument contraires à cette confusion entre deux choses essentiellement distinctes; et, pour être conséquente avec elle-même, la Cour de cassation aurait dû dire, en ouvrant à la régie la voie de l'expertise, ce que la Cour de cassation de Belgique a dit, en jugeant que l'exercice du réméré n'est pas un obstacle à ce que l'administration poursuive l'acquéreur dépossédé en cas de dissimulation d'une partie du prix, à savoir : « que l'acquéreur d'un immeuble à pacte de rachat devient, dès l'époque de son acquisition, débiteur envers le fisc, non-seulement de la quotité du droit proportionnelle au prix d'aliénation exprimé dans l'acte, mais du prélèvement entier du fisc sur la transmission de propriété en raison de la valeur vénale de l'immeuble aliéné; que, dès lors, l'exercice du pacte de réméré peut, à la vérité, opérer la résolution de la vente entre le vendeur et l'acheteur, mais que le réméré, auquel l'administration demeure étrangère, ne peut faire perdre à celle-ci ni la cause ni le fondement de son action envers l'acquéreur primitif, lequel, en présentant à l'enregistrement son acte d'acquisition, a posé un fait qui l'o-

blige envers l'administration et le soumet à toutes les conséquences de l'article 69, § 4 de la loi du 22 frimaire an 7.... » (arrêt du 27 juin 1839, *V.* le *Traité de l'enreg.* publié par MM. Dalloz, t. II, n° 4717).

PAUL PONT.

DE L'ACTION PAULIENNE

Et des créanciers qui peuvent l'exercer aux termes de l'article 1167 du Code Napoléon.

Par M. FL. MIMEREL,
Docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

La Cour de cassation vient de rendre un notable arrêt, qui relève une erreur, ou du moins répare une grave omission commise jusqu'à ce jour par la doctrine, et prouve une fois de plus l'utile influence de la jurisprudence sur les progrès de la science du droit. Tous les auteurs, en traitant de l'action paulienne, professaient d'une voix unanime que les créanciers ne peuvent attaquer, en vertu de l'article 1167 du Code Napoléon, les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leurs droits, que lorsque leurs titres sont d'une date antérieure. La Cour suprême a déclaré, au contraire, dans l'arrêt Belleisle, du 2 février 1852, « que tous les créanciers auxquels le maintien d'un acte ferait éprouver un préjudice, ont droit et intérêt, *quelle que soit la date de leur titre*, à le faire tomber, s'il est frauduleux [1]. »

En donnant à cette règle ce caractère de généralité, et en effaçant d'un mot la distinction établie par la théorie, la Cour n'a pourtant fait qu'une application littérale de la loi. L'article 1167 du Code, le seul qui dans notre droit civil s'occupe de l'action paulienne, est conçu dans les termes les plus absolus; loin de

[1] Dev., 52, 1, 284. — Dalloz, 52, 1, 89.

prêter appui, par une rédaction défectueuse ou ambiguë, à la thèse jusqu'ici dominante, il n'admet aucune distinction tirée de la nature ou de la date soit de l'acte attaqué, soit du titre dont sont armés les créanciers. Il porte en effet : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. » Dans ce texte, on le voit, il n'y a rien qui se rapporte, même par simple allusion, à la réserve imaginée par les auteurs; il la condamne donc formellement, et ils ne peuvent la soutenir contre lui, à moins de prétendre qu'il est incomplet et ne renferme que la moitié de la pensée du législateur. Mais on sait avec quelle défiance il convient d'accueillir cette sorte d'argumentation qui tend à mettre le système du commentateur au lieu et place de celui de la loi, comme si le commentateur avait mieux démêlé la pensée de l'auteur que l'auteur lui-même, et que celui-ci n'ait pas su exprimer sa volonté. C'est toujours là une ressource périlleuse, surtout lorsque le rédacteur que l'on censure ainsi est une réunion d'écrivains et de jurisconsultes de la valeur des Treilhard, des Tronchet, des Maleville. Sans doute des inexactitudes se sont glissées dans cet immense travail de la codification de nos lois; mais il est téméraire d'accuser le Code, dès qu'il ne se plie pas à nos vues, et de prétendre le rectifier ou le modifier, s'il ne se convainc pas lui-même d'erreur, si ce n'est en lui-même qu'on puise la rectification ou la modification que l'on propose.

Ici rien de semblable; et pour s'inscrire en faux contre la rédaction de l'article 1167, ni le Code même ni les travaux préparatoires du Code ne fournissent aucun commencement de preuve. Nous ne découvrons nulle trace d'une restriction quelconque apportée à son application ni dans la discussion du Conseil d'État, ni dans les exposés de motifs ou rapports de Bigot-Préameneu, de Favard ou de Mouricault. « Il faut encore, dit le premier, pour que les contrats ne puissent nuire aux tierces personnes, que les créanciers aient le droit d'attaquer en leur nom les actes faits en fraude de leurs droits. » Le dernier ne fait que répéter ces paroles; ce sont les termes mêmes de notre article.

L'article 1053, il est vrai, a paru aux habiles traducteurs de M. Zachariæ confirmer l'opinion qu'ils suivaient avec tous les

auteurs [1]. Mais outre qu'il serait peu conforme aux notions les plus élémentaires d'une saine logique d'interpréter et de corriger la règle générale d'après une disposition particulière, introduite dans une matière spéciale et véritablement exceptionnelle, comme l'est celle des substitutions; outre que cette disposition n'a été admise qu'après coup, sur une observation du Tribunat, afin de rappeler que la règle générale conservait son empire là aussi bien que partout ailleurs, dans la mesure que comportait le sujet, et que dès lors ce serait abuser de la portée de cet article que d'y chercher une limitation de cette même règle pour les cas ordinaires; il nous sera facile de démontrer que la nature même de l'acte qu'il prévoit réclamait une dérogation à la doctrine absolue de l'article 1167, et qu'ainsi s'explique conséquemment cette différence de rédaction qui présente, aux yeux de MM. Aubry et Rau, la justification de leur système.

L'article 1167 demeure donc avec toute son autorité. Il exclut toute distinction entre les créanciers; il leur ouvre à tous également la faculté d'attaquer les actes de leur débiteur faits en fraude de leurs droits. La seule condition qu'il exige pour la recevabilité de leur action, c'est l'existence de la fraude.

Et en cela, il n'est que l'expression d'un de ces grands principes de raison et d'équité qui sont les fondements du droit, qui précèdent toutes les législations écrites, et constituent comme la première nécessité des sociétés civilisées. Oui, parmi ces vérités primordiales qui sont reconnues dans tous les temps et dans tous les pays où l'ordre a succédé à la barbarie, il n'en est pas de plus essentielle, de plus vivace que celle qui proclame l'impuissance de la fraude, l'inefficacité des actes frauduleux. La fraude brise tout; où il y a fraude, il y a germe de nullité. C'est là un axiome de morale qui doit dominer toute législation; plus la loi s'épure et se perfectionne, plus l'influence de ce principe s'étend et grandit, et plus le scrupule des formes juridiques et d'une régularité toute légale s'évanouit devant le respect dû à la bonne foi et à la haine de la déloyauté.

Disons-le à l'honneur de notre droit civil; il n'en est pas qui

[1] Zachariæ, t. II, p. 344, note 33.

ait poussé plus loin ce respect et cette haine ; nulle part on ne retrouve la fraude démasquée et punie avec plus d'énergie ; de quelque voile qu'elle se couvre, de quelque apparence de légalité, de quelques précautions juridiques qu'elle s'entoure, elle est frappée. Partout règne le principe salutaire, que la fraude n'enfante rien de viable. L'article 1167 n'en est qu'une application au regard des créanciers lésés par l'improbité de leur débiteur. En règle générale, la fraude corrompt tout ; en thèse particulière et comme conséquence, les actes frauduleux tombent devant la juste plainte des créanciers, et peu importe la date de leur titre, pourvu que la fraude existe, pourvu que leurs droits aient été fraudés. Vouloir restreindre la conséquence, c'est s'attaquer au principe et le saper lui-même. Établir des distinctions là où la loi n'en fait point, là où les inspirations de l'équité naturelle les repoussent, c'est rabaisser la haute moralité de notre législation et la faire descendre de ce degré d'élévation où l'ont su porter la sagesse de ses auteurs et l'esprit profondément libéral de notre nation.

Aussi, c'est, à mon sens, une chose vraiment étrange que la doctrine et la jurisprudence n'aient pas, dès l'origine, proclamé à l'envi, comme vient de le faire la Cour suprême, et gravé pour ainsi dire sur des tables d'airain : « que tous les créanciers auxquels le maintien d'un acte ferait éprouver un préjudice, ont droit et intérêt, *quelle que soit la date de leur titre*, à le faire tomber, s'il est frauduleux. » C'est une chose vraiment étrange que cette vérité si simple, si claire, si facile à saisir, ait été si longtemps méconnue, et qu'elle l'ait été par des hommes aussi éminents que MM. Merlin, Toullier, Delvincourt, Duranton, Zachariæ [1]. Tous cependant ont dénié aux créanciers postérieurs en titre le privilége d'exercer l'action paulienne, et ont réservé aux seuls créanciers antérieurs le bénéfice de l'article 1167.

C'est au droit romain qu'il faut remonter pour découvrir la source de cette commune erreur. Aucun des fragments du titre *Quæ in fraudem creditorum* au Digeste ne s'expliquait, d'une manière absolue du moins, sur les créanciers qui n'auraient ac-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Créancier*. — Toullier, t. VI, n° 351. — Delvincourt, t. II, p. 526. — Duranton, t. X, n° 572. — Zachariæ, t. II, p. 348.

quis leurs droits qu'après la consommation de l'acte frauduleux. Ulpien dit bien [1] que lorsqu'un débiteur a désintéressé les créanciers antérieurs, en vue desquels il avait accompli un acte frauduleux, si ce même acte nuit à d'autres créanciers, envers lesquels il s'est engagé depuis et qu'il ne s'était pas proposé de frauder, ceux-ci ne sont pas fondés à recourir au préteur, à moins que ce ne soit avec leurs deniers que les premiers ont été soldés. Mais il n'ajoute pas quelle solution il adopterait dans le cas où le débiteur aurait combiné ses actes dans le dessein de frustrer ses créanciers à venir aussi bien que ses créanciers actuels. Les autres jurisconsultes dont le Digeste a recueilli l'opinion, ne sont pas plus précis qu'Ulpien; aucun d'eux n'étend ses prévisions à l'hypothèse où la fraude aurait été dirigée contre des créanciers dont les droits ne seraient pas encore nés; à leur égard, les lois romaines s'abstiennent de prononcer.

Leurs commentateurs n'ont aperçu ni signalé cette omission; le Code, qui en a sanctionné les principes dans le seul article 1167, ne s'est pas arrêté aux détails de la matière, et nos docteurs modernes ont interprété, dans le sens d'une exclusion formelle contre les créanciers postérieurs, le silence des deux législations et de leurs devanciers. C'était évidemment faire dire au Digeste et au Code Napoléon ce que ni l'un ni l'autre ne disait explicitement ni implicitement; c'était ajouter arbitrairement à leur texte, à leur esprit, et, à notre avis du moins, en dénaturer la pensée, aussi bien que celle des savants auteurs qui, par l'étude du droit romain, ont fait naître et grandir le droit français. D'ailleurs le témoignage des jurisconsultes romains, à supposer qu'ils eussent effectivement consacré cette solution, devait rester un peu suspect aux nôtres en ce point, et perdre de sa gravité par cette considération, que le principe de l'action paulienne a été développé dans notre Code d'une façon bien plus large et a reçu chez nous des applications bien plus nombreuses, auxquelles les anciens répugnaient [2]. Néanmoins, nos plus recommandables écrivains ont cru devoir se montrer fidèles à la tradition; ils posent toujours en axiome que les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux peu-

[1] L. 10, § 1.
[2] Dig., ff., *Quæ in fraudem*, l. 6. — Code Napoléon, art. 788.

vent seuls s'en plaindre, et ils n'admettent que l'exception écrite par Ulpien en faveur des créanciers dont les fonds ont servi à éteindre les obligations primitives, et qui sont ainsi, par une sorte de subrogation, substitués aux droits de ceux contre lesquels la fraude avait été spécialement ourdie.

Cette doctrine, qui ne rencontre dans les textes du droit romain, on le voit, qu'une base bien fragile, est peu fondée en raison, ainsi que nous espérons le démontrer sans peine. Aussi, entre tous les jurisconsultes, les uns se sont contentés de jurer par la parole du maître; ils ont dit, comme M. Duranton : « Toute cette théorie résulte positivement des lois du Digeste [1] ». D'autres, voulant aller davantage au fond des choses et soutenir leur affirmation de motifs, ont trouvé celui-ci : que l'acte ne peut faire fraude aux droits des créanciers postérieurs, puisqu'ils ne sont pas encore nés; et sans creuser plus avant le sujet, ils s'en sont payés et l'ont présenté comme une explication péremptoire et de nature à donner le dernier mot de la situation.

Et cependant, pour peu que l'on examine cette théorie sans préjugé et qu'on la soumette à une analyse attentive, combien ce motif, si unanimement accepté, perdra de son prestige et paraîtra impuissant à la justifier partout et toujours! Sans doute, dans les cas ordinaires et pour certains actes, il satisfera l'intelligence et ne laissera point de prise à la critique. Ainsi, le plus souvent, un débiteur pressé par des créanciers qui absorberont son patrimoine entier, s'efforce de le leur soustraire, soit à l'aide d'actes simulés pour en sauver quelques débris, soit à l'aide d'une démission de biens pour le conserver à ses enfants, soit à l'aide d'une aliénation sérieuse pour convertir des valeurs impossibles à dissimuler en d'autres valeurs faciles à faire disparaître. Il ne cherche alors qu'à parer aux difficultés du présent sans se préoccuper de l'avenir; il ne songe qu'aux créanciers qui assiégent sa porte et le menacent d'une ruine imminente. En outre, il se dépouille alors publiquement; il y a transmission patente, tradition réelle de la chose aliénée en d'autres mains. Si ultérieurement d'autres créanciers contractent avec lui, et qu'ils

[1] Duranton, t. X, nos 572 et 573, et note.

prétendent élever des réclamations contre l'acte que le débiteur n'avait fait qu'en vue d'échapper à un premier péril, il est alors très-vrai, très-équitable de leur répondre avec les auteurs : Vous n'êtes pas recevables; cet acte n'a pas été consommé en fraude de vos droits, puisque votre débiteur, à ce moment, ne le dirigeait pas contre vous; d'ailleurs vous avez accepté son engagement après que son bien était ostensiblement sorti de sa possession, et vous étiez dès lors avertis de ne point compter sur ce gage que vous revendiquez de mauvaise foi. On les repoussera, et ce sera justice.

C'est là précisément l'espèce de l'article 1053 du Code, dont M. Zachariæ et ses annotateurs argumentent. Aussi nous l'écartons de la discussion, et pour une double cause : d'abord, c'est qu'en autorisant les créanciers antérieurs à faire annuler l'abandon anticipé de la jouissance des biens objets d'une substitution, que le grevé aurait consenti à leur préjudice, cet article n'exige pas comme condition du droit de révocation l'existence d'une fraude; il est plus large encore que l'article 1167, et il frappe l'acte de nullité, dès qu'il y a simple préjudice. Il ne décide donc rien pour le cas où une fraude serait prouvée; il ne forme donc pas, pour ce cas exceptionnel, un obstacle à l'action des créanciers postérieurs; il laisse intacte, dans toute sa généralité, la règle de l'article 1167, et de ce qu'il accorde, en matière de substitutions, une plus grande faveur aux créanciers antérieurs, il serait souverainement illogique de conclure qu'il a entendu, en cette même matière, amoindrir la faveur des créanciers postérieurs. En second lieu, la nature même de l'acte répugne à la conjecture d'une fraude organisée contre des créanciers dont les droits ne seraient pas déjà nés. Car l'abandon anticipé de la jouissance implique de la part du débiteur un dépouillement apparent, et, par suite, il est malaisé de comprendre comment des créanciers qui ont vu la possession passer d'une tête sur une autre, ont pu contracter avec l'espoir de se payer sur les bénéfices de cette possession. On ne concevrait la fraude que si cet abandon de jouissance était simulé, et nul doute qu'alors les créanciers même postérieurs ne fussent écoutés de la justice en invoquant l'article 1167. Ainsi c'est doublement à bon droit

que l'article 1053 ne mentionne dans son texte que les créanciers antérieurs; c'est doublement à tort que les savants professeurs de Strasbourg ont essayé de le faire entrer dans cette discussion.

Mais il n'en est pas toujours de même, et bien souvent il arrivera que les circonstances viendront donner un démenti à ce système, exact seulement dans les hypothèses ordinaires. La fraude peut aussi bien être préparée et consommée contre des créanciers qui n'existent pas encore, que contre ceux qui pèsent déjà sur son auteur; le piége peut aussi bien être dressé contre ceux envers lesquels on a l'intention de s'obliger que contre ceux envers lesquels on est déjà lié. Rien n'est plus facile à imaginer, et nous pourrions arranger bien des exemples à plaisir. Bornons-nous à en citer deux que la pratique du barreau nous a révélés.

Un négociant qui a cédé la suite de ses affaires à un successeur dénué de ressources et veut se mettre à l'abri des chances de perte, impose à son cessionnaire un bail de la maison commerciale, dont il est propriétaire, pour une durée de près de trente ans et moyennant un prix exagéré. Ils croient tous deux trouver à ce marché un avantage; le cédant s'assure ainsi sur tous ceux qui pourront se trouver créanciers au jour de la ruine, un privilége pour une somme bien supérieure à celle qui lui reste due à raison de la vente de son fonds; il place sa créance au-dessus de tous revers de fortune. Le cessionnaire, de son côté, jette ses créanciers futurs dans l'impuissance de le faire tomber en faillite; car s'ils le poursuivent et obtiennent une déclaration de faillite, le propriétaire viendra, avec son privilége, s'emparer de l'actif tout entier; s'ils le pressent trop vivement, lui-même sera toujours maître de les arrêter avec une menace de déposer son bilan. Ainsi, pendant bien des années, ce nouveau commerçant et son complice tiendront en leurs mains le sort des créanciers qui traiteront avec lui. Telle était la fraude alléguée dans la cause qui a fourni à la Cour de cassation l'occasion de son mémorable arrêt du 2 février.

La Cour de Rennes avait refusé aux créanciers la faculté d'attaquer ce bail comme fait en fraude de leurs droits, attendu que leurs titres étaient d'une date plus récente. La Cour d'Angers a

rendu une décision analogue, le 24 décembre 1851, dans une espèce différente.

Un propriétaire foncier, par intérêt ou par complaisance, s'était associé aux opérations d'un spéculateur qui, n'ayant ni ressources ni crédit personnel, avait entrepris d'acheter des immeubles pour les revendre en détail. Le propriétaire créait des effets qu'il lui transmettait, ou endossait ceux que l'autre souscrivait; ainsi il lui prêtait l'appui de sa responsabilité solidaire, et donnait par sa signature à ce papier la valeur d'argent comptant; sa solvabilité bien connue faisait accepter ces billets chez tous les banquiers des environs, et le renouvellement s'en opérait sans peine de trimestre en trimestre. Grâce à ce roulement, la spéculation prit un développement considérable, et bientôt le patrimoine entier du propriétaire fut engagé. Elle se soutint ainsi pendant quelques années; mais à la fin sa ruine éclata; et comme le spéculateur n'avait rien, c'est à son cosignataire que les bailleurs de fonds vinrent réclamer le remboursement de leurs avances. Il leur répondit en produisant un acte fait au cours des opérations, et remontant déjà à cinq ans de date. Cet acte, passé loin de son domicile, portait donation avec partage anticipé entre ses enfants de toutes ses propriétés, mais en laissant le donateur en possession de l'usufruit, avec les droits les plus larges de jouissance et d'administration, de telle sorte que rien n'avait été changé dans sa situation extérieure, et que son crédit n'avait pu être ébranlé. C'était là une combinaison fort habile; car ce propriétaire, tout en plaçant son patrimoine hors des atteintes de ceux qui seraient ses créanciers au jour de la déconfiture, si l'entreprise aboutissait à ce triste résultat, avait su se ménager les moyens de la continuer le plus longtemps possible et d'entretenir ses prêteurs dans une entière sécurité, puisqu'il conservait toujours à leurs yeux l'apparence de la propriété. Aussi, il avait toujours rencontré de leur part la même facilité; il avait pu pousser ses hasardeuses opérations plus loin encore, et pourtant, après le désastre, ses enfants possédaient tranquillement ses biens dérobés à ses créanciers. L'un d'eux n'accepta pas cette position; il prétendit que la donation avait été consommée dans le but de tromper impunément ceux avec qui le donateur était déjà

en relation ou devait s'engager à l'avenir, et il en demanda la révocation pour cause de fraude à ses drois. Mais la Cour d'Angers écarta son action par la fin de non-recevoir tirée de ce qu'il ne justifiait pas que ses titres de créances fussent antérieurs à la donation attaquée.

Mais qu'importait? Est-ce que, dans ces espèces et les semblables, il existe au monde une raison pour refuser aux créanciers postérieurs les mêmes droits qu'aux créanciers antérieurs? Ils allèguent que la fraude a été précisément ourdie contre eux. Est-ce que l'équité et la raison ne crient pas de concert qu'ils doivent être reçus à en faire la preuve, et que la preuve faite, ils doivent profiter, comme les autres, du bénéfice de la loi? Ce n'est certes pas l'article 1167, avec la généralité de sa rédaction, qui entrave leur marche. Il ne réclame qu'une seule condition, la fraude, et ils offrent justement de prouver qu'il y a eu fraude à leur égard. Est-il donc impossible qu'il y ait fraude à l'égard de créanciers dont les droits ne sont pas encore nés? Sans doute on l'a dit et répété; mais on ne conçoit pas qu'un aussi faible argument ait pu avoir cours parmi les jurisconsultes et dans les tribunaux.

Deux éléments essentiels, en effet, constituent la fraude : il faut d'abord que l'auteur de l'acte ait agi avec la conscience du préjudice qu'il porterait aux droits de ses créanciers et dans le dessein de le leur porter; il faut ensuite que, par l'effet de l'acte consommé, les créanciers aient réellement souffert un dommage; c'est ce qui a été énergiquement résumé dans ces deux termes : *consilium* et *eventus*. Cette théorie résulte positivement des lois du Digeste; elle résulte surtout des premiers principes de l'équité.

Que des créanciers puissent être lésés par un acte antérieur à leurs titres, c'est un point qui n'est pas sérieusement contestable. Car il est évident que si le débiteur est devenu insolvable par l'effet de cet acte, c'est à lui que remonte l'origine de la perte qu'ils subissent, puisque, s'il n'avait pas été accompli, ils auraient trouvé en ses mains de quoi se payer; c'est dans cet acte que réside la cause de sa ruine et de la leur. Ainsi il est hors de doute que par rapport au préjudice sup-

porté, à l'*eventus damni*, la date des créances est indifférente.

Ce n'est point assez, il est vrai, pour légitimer une réclamation de leur part ; il faut encore que ce préjudice leur ait été infligé en toute connaissance, avec une intention malveillante, de mauvaise foi. Sans cela il ne constitue pas la fraude qu'exige l'article 1167. Mais l'existence de cette seconde condition nécessaire n'implique nullement contradiction avec l'absence de droits déjà nés au moment de la confection de l'acte. Il a pu être conçu en vue des créanciers futurs, à dessein de prendre impunément des engagements onéreux, de courir sans risques les chances d'une entreprise périlleuse. Matériellement, il n'y avait sans doute pas encore de droits ; mais dans la pensée de l'auteur de l'acte, des droits étaient déjà éclos ; ils vivaient déjà. Sans doute, il ne savait pas quelle personne serait victime du piége ; mais il savait du moins que quelqu'un serait atteint, qu'il y aurait une victime. L'acte est alors frauduleux par ses conséquences, non dans le présent, mais dans l'avenir, et cette prévision de fraude est assurément bien capable de lui imprimer son caractère d'une manière ineffaçable. Ainsi, au préjudice causé nous réunissons l'autre élément, la volonté de nuire, le *consilium fraudis*. Nous sommes dès lors en présence d'une fraude réellement organisée contre les droits à naître des créanciers futurs, et les motifs qui fondent, dans les cas ordinaires, l'action des créanciers antérieurs, s'offrent également aux postérieurs pour les aider à la déjouer et à en paralyser les effets.

Il semble difficile que la raison se refuse à de pareilles déductions. Aussi un examen un peu plus mûr des différentes faces de la question aurait certainement mis les commentateurs du Code en garde contre le silence trompeur du droit romain ; au lieu d'accueillir de confiance la solution toujours suivie jusqu'alors, ils auraient évité l'écueil, comblé la lacune laissée par leurs prédécesseurs, et restitué à notre article toute sa portée, toute son étendue comme règle générale et absolue. Aucun d'eux cependant ne l'avait fait jusqu'à ces dernier temps ; tous se jetaient dans le chemin battu, sans regarder auteur d'eux s'ils ne faisaient pas fausse route ; et tel était l'entraînement universel, que la jurisprudence n'avait pas plus approfondi que la doctrine ce

point important de notre législation. La Cour de Paris, le 6 juin 1826, dans l'arrêt Dumas de Polart, celle de Limoges, le 13 février 1828, dans l'arrêt Dupuy, celle de Colmar, le 20 mai 1836, dans l'arrêt Dielh, celle de Toulouse, le 1er décembre 1837, dans l'arrêt Vaysse, celle de Riom, le 9 août 1843, dans l'arrêt Bonnet, enfin la Cour de cassation elle-même, les 15 juin 1848 et 20 juin 1849, dans les affaires Doffémont et Lereuil [1], ont plus ou moins explicitement prononcé que l'action paulienne n'appartient qu'aux créanciers dont les titres sont antérieurs en date à l'acte attaqué. Mais aussi, il faut le dire, dans ce grand nombre de causes, une seule, celle tranchée le 1er décembre 1837 par la Cour de Toulouse, semble avoir présenté d'une manière à peu près nette les caractères d'une fraude tramée contre les créanciers futurs; et il est d'autant plus regrettable que cette Cour se soit attachée au sentiment commun, que les premiers juges, abordant plus hardiment l'examen des principes, n'avaient pas craint de frapper de nullité le traité frauduleux, encore que la révocation en fût poursuivie pour l'acquittement de créances postérieures.

On ne comprendrait, du reste, pas bien comment il s'est fait que la pratique des affaires, depuis si longtemps, ne soit pas venue éveiller sur ce sujet l'attention des magistrats et dévoiler une aussi grave erreur de la doctrine, si l'unanimité avec laquelle elle était professée ne fournissait l'explication de ce phénomène; en présence d'opinions aussi affirmatives et aussi compactes, les plus hardis plaideurs devaient hésiter à soulever la question, quelque dommageable que fût d'ailleurs pour leurs intérêts, et quelque affligeant pour la justice que leur parût le succès de la fraude. Ainsi l'erreur, grâce à cette funeste influence, se retranchait comme dans son propre sanctuaire, se soutenait elle-même et prolongeait son règne à l'abri des attaques.

Une première fois cependant, une décision de la Cour suprême vint l'ébranler. Dès 1824, la Cour de Pau faisant brèche au système des auteurs, avait jugé qu'il importait peu, à l'égard d'une obligation simulée, que les créanciers ne le fussent devenus que

[1] Dev., collect. nouv., t. IX, 1, 24, et 2, 30; — 36, 2, 490; 38, 2, 500; — 44, 2, 15; — 43, 1, 471, et 49, 1, 620.

depuis qu'elle avait été souscrite, si cet acte simulé avait nui aux droits par eux acquis postérieurement. C'était poser tout au moins une exception bien formelle pour le cas où la fraude consisterait dans une simulation d'acte. Cet arrêt fut frappé d'un pourvoi dont la section des requêtes accorda l'admission. Mais la chambre civile esquiva la difficulté et rejeta le pourvoi, en se fondant sur ce que le moyen manquait en fait, puisqu'en fait elle reconnaissait que les droits des créanciers remontaient à une date antérieure à celle de l'obligation simulée [1]. Quelques années après, en 1832, la question se représenta devant la chambre des requêtes. La Cour de Bourges avait annulé, sur la demande de créanciers postérieurs, une obligation d'une date déjà ancienne, comme entachée de simulation et de fraude. Les porteurs de cette obligation reprochaient à l'arrêt la violation de l'article 1167. Mais M. le conseiller Tripier fit remarquer, dans son rapport, qu'un tel acte qui était jugé le fruit du dol et de la simulation, pouvait préparer et consommer la fraude, même au préjudice de créanciers qui avaient accepté des titres postérieurs; il se demanda si une doctrine qui donnait au mensonge la force de la vérité, pouvait être suivie, si l'article 1167 devait être limité aux actes antérieurs aux titres des créanciers qui se plaignaient de la fraude. N'était-ce pas au contraire, ajouta-t-il, parce que ces actes primaient les titres des créanciers légitimes, que ces derniers avaient qualité et intérêt pour en contester la sincérité? La Cour adopta ces sages considérations dans son arrêt [2].

Ce rapport et cet arrêt indiquaient nettement les vrais principes de la matière. La fraude pouvait être dirigée contre les créanciers postérieurs, et, dans ce cas particulier, elle devait être punie.

[1] Dev., collect. nouv., t. VIII, 1, 546, affaire Saint-Clair et Duffé. L'arrêt de la Cour de Pau est du 9 février 1824, celui de la Cour de cassation du 12 mars 1827.

[2] Dev., 32, 1, 442, affaire Berger. Arrêt de la Cour de Bourges, du 20 mars 1829, et de la Cour de cassation, du 20 mars 1832. M. Tripier signalait, dans son rapport, l'erreur que Toullier a commise en traduisant la loi 10, § 1, au Dig, *Quæ in fraud. cred.*, et la généralité qu'il a mal à propos prêtée à ce texte, en substituant le mot *acte* au mot *aliénation*. C'est ainsi qu'on a fait dire au droit romain, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, ce qu'il n'a point dit, et qu'on a accrédité la fausse doctrine dont la Cour suprême vient seulement aujourd'hui de faire définitivement justice.

Ils fixèrent l'attention des jurisconsultes, sans toutefois dissiper l'erreur ; la tradition fut ici, comme trop souvent, plus forte que la logique et la vérité. Les uns, avec M. Duranton, condamnèrent l'arrêt du 20 mars 1832 comme contraire aux principes ; ils attribuèrent aux circonstances spéciales de la cause la dérogation faite à leur théorie, et se rattachèrent avec d'autant plus de force à celui de la Cour de Toulouse, du 1er décembre 1837. D'autres, comme M. Zachariæ ou ses annotateurs, ne pouvant fermer les yeux à la lumière qui venait de se produire, ne cédèrent du moins de leur terrain que ce qui en avait été conquis, et se réfugièrent derrière une distinction subtile qui nous reste à examiner.

Il ne faut pas confondre, dit-on, l'*action en révocation* et l'*action en simulation*. Cette dernière est seule ouverte aux créanciers dont les titres sont postérieurs, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation. Et en effet, l'acte simulé n'existe réellement pas ; les obligations ainsi contractées ne contiennent aucun engagement sérieux ; les aliénations ainsi consommées n'ont véritablement pas fait sortir les biens aliénés du patrimoine du débiteur. Les créanciers ne doivent donc en tenir aucun compte ; ils n'ont pas à se faire restituer un gage soustrait à leur action ; ils n'ont qu'à faire reconnaître le droit de gage qui n'a jamais cessé de leur appartenir.

Cette observation est exacte assurément. Mais prétendre que parce que la Cour de cassation a accueilli l'action des créanciers postérieurs contre un acte simulé, elle écarte implicitement, par cela seul, celle qu'ils auraient pu intenter contre un acte sérieux, c'est un singulier abus de l'argumentation *à contrario*. S'il est vrai que l'acte simulé, qui en soi n'est pas absolument réprouvé par la loi, est frappé par la justice dès qu'il devient simplement préjudiciable aux tiers, parce qu'il crée une situation mensongère, parce qu'il n'a que l'apparence matérielle et extérieure d'un acte, que l'aliénation qu'il opère n'emporte pas translation de la propriété, que l'obligation qu'il constate n'a pas de cause ; s'il est vrai, disons nous, que par suite tout créancier, sans avoir à alléguer ni à prouver la fraude, peut le faire briser en invoquant simplement les articles 2092 ou 1131 du Code ; il n'est

pas moins vrai que presque toujours la simulation constitue une fraude organisée contre les créanciers futurs aussi bien que contre les créanciers présents, dans l'idée de contracter impunément de nouveaux engagements aussi bien que pour se dérober à l'exécution des engagements déjà contractés, et qu'il peut, à ce titre, tomber, de même que l'acte sérieux, sous l'application de l'article 1167. La simulation n'est alors considérée que comme une des variétés de la fraude, et elle est atteinte principalement à raison de son caractère dolosif. Nous avouons donc que la Cour de cassation aurait pu se placer au premier point de vue et annuler l'acte uniquement parce qu'il manquait de consistance et de vie; elle n'aurait, dans ce cas, rien préjugé à l'égard de l'acte sérieux et du droit des créanciers postérieurs, et n'aurait prêté aucun secours à la distinction des auteurs et à leur argument *à contrario ;* la question serait demeurée entière. Mais c'est précisément le contraire qui est arrivé. C'est comme frauduleux, et non pas seulement comme simulé, c'est comme sanction d'une action en révocation, c'est au nom de l'article 1167 que la Cour suprême a anéanti l'acte attaqué; au lieu de s'arrêter au seuil de la difficulté, elle a pénétré jusqu'au fond, et elle a ainsi renversé d'avance l'objection qu'on oppose encore, en désespoir de cause, au triomphe des principes.

Et d'ailleurs, à quelle inconséquence la distinction que nous combattons ici n'aurait-elle pas entraîné la jurisprudence! L'acte simulé n'est pas plus préjudiciable aux droits des créanciers que l'acte sérieux. Comme l'acte sérieux, il a pour but et pour effet de les dépouiller de tout ou partie du gage que la loi leur attribue. Il n'est donc pas plus coupable, et pourtant, lorsque le piége est tendu contre des créanciers futurs, il serait seul déchiré, tandis que l'autre subsisterait! Il y a plus : la fraude est quelquefois, souvent même plus dangereuse pour les créanciers dans un acte sérieux. Une simple aliénation fictive opère le dépouillement apparent de la propriété; elle fait passer sur une nouvelle tête la possession; elle diminue donc le crédit du débiteur, et les créanciers qui contractent avec lui ne sont pas exempts de tout reproche d'imprudence, puisqu'ils ont été avertis de ne pas compter sur le bien qui est censé vendu. Une do-

nation sérieusement faite, avec réserve de l'usufruit et de l'administration (comme dans une des espèces citées plus haut), conserve au donateur l'apparence de la propriété, tout en transférant de fait cette propriété en d'autres mains; elle lui conserve tout son crédit, en le ruinant effectivement, et elle doit ainsi endormir la prudence des créanciers et les porter à continuer sans défiance leurs relations avec le débiteur ou à en nouer de nouvelles. Dans l'une et l'autre hypothèse, il y a également une fraude, une situation fausse et mensongère, créée à l'aide d'une simulation. S'arrêter au système de M. Zachariæ, ce serait condamner la simulation alors seulement qu'elle se produit dans la forme, dans les actes matériels, et l'épargner quand elle tient au fond même des choses.

Il n'en peut être ainsi. Le Code n'a fait dans son texte ni distinction ni restriction; c'est sans distinction ni restriction qu'il le faut appliquer. Ce qu'il a voulu, à l'exemple du droit romain, et plus énergiquement encore, c'est réprimer la fraude, en paralyser les effets, empêcher que ses auteurs n'en recueillent les fruits au détriment des créanciers fraudés. En cela il n'a fait que se conformer aux inspirations de la morale. Resserrer dans un cercle plus étroit son étendue d'application, c'est, nous le répétons, diminuer la moralité de la loi. Que serait-ce, en effet, qu'une loi qui punirait la fraude instantanément organisée, mais couvrirait la fraude préconçue, et respecterait les combinaisons d'un dol prémédité et tramé dès longtemps à l'avance? Comme si la première condition d'une bonne loi n'était point d'être honnête, de ne jamais faire défaut à l'équité!

Mais, heureusement pour l'honneur de notre législation, la Cour de cassation, sur les conclusions de M. le premier avocat général Nicias-Gaillard, ce magistrat d'un jugement si sûr et d'un talent si élevé, a rétabli les principes dans toute leur pureté, et fait justice de l'erreur et des résistances de la doctrine. Espérons que son arrêt mettra désormais la vérité au-dessus de toute contestation, et qu'en cette occasion encore elle ralliera à elle l'unanimité des auteurs. Déjà l'exemple est donné, nous aimons à le constater en terminant. Un jurisconsulte des plus distingués de notre époque, notre savant prédécesseur M. Mar-

cadé, vient, dans la cinquième édition de son bel ouvrage, de se corriger lui-même [1]. Jusqu'alors, malgré cet esprit de critique indépendant et scrutateur, malgré cette fermeté de vue et cette netteté d'appréciation qui lui assurent une si légitime autorité, il avait suivi le torrent et omis de vérifier la théorie professée par tous les auteurs avant lui. Mais il s'est rangé aujourd'hui du côté de la Cour suprême; il a même devancé sa décision; car son examen ayant été appelé sur la question à l'occasion de l'une des affaires que nous avons rapportées dans le cours de cet article, il y a deux ans déjà, il n'a pas hésité, dans sa consultation, à briser avec le système qui régnait sans partage, et à enseigner que tous les créanciers, même postérieurs en titres, peuvent, aux termes de l'article 1167, faire révoquer les actes consommés en fraude de leurs droits.

FL. MIMEREL.

A QUELLE AUTORITÉ APPARTIENT-IL DE PRONONCER

Sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur [2]?

Par M. JOUSSELIN,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
auteur du *Traité des Servitudes d'utilité publique.*

Cette question a été discutée, à la séance publique du Conseil d'État du 21 février dernier, par M. du Martroy, commissaire du gouvernement. J'avais déjà entendu sur ce même sujet, à la séance publique du Tribunal des conflits du 13 mai 1850, la discussion de M. Cornudet, aussi commissaire du gouvernement alors, aujourd'hui conseiller d'État. Je vais reproduire les principaux éléments de leur savante argumentation. Ce sera la par-

[1] Marcadé, 5e édition, t. V, n° 502.

[2] Ce travail a été offert à l'Académie de législation de Toulouse, dont l'auteur est membre correspondant.

tie essentielle de ce travail. J'y joindrai seulement, si cela peut m'être permis, quelques autres documents, extraits des recherches que j'ai faites, sur le principe de la séparation des pouvoirs, dans les quatre-vingts volumes[1] des procès-verbaux de l'Assemblée constituante, du 17 juin 1789 au 30 septembre 1791.

Cette Étude sera divisée en trois parties. Dans la première, pour donner une idée de l'importance pratique et de la variété infinie du sujet, je présenterai le tableau des décisions rendues, sur la question dont je m'occupe, par le Conseil d'État, par la Cour de cassation et par le Tribunal des conflits. Dans la seconde, je discuterai la question, comme on la discute ordinairement, d'après les textes. Dans la troisième, je rechercherai s'il ne serait pas possible de donner à la solution une base plus scientifique et plus solide, en l'établissant d'après les principes.

§ Ier. — Jurisprudence.

Lorsque le jugement de la demande formée par un particulier contre l'État, et tendante à le faire déclarer débiteur, dépend de l'interprétation, appréciation ou application d'actes administratifs, le Conseil d'État décide, purement et simplement en vertu des lois des 22 décembre 1789, sect. 3, art. 7, 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13, et 16 fructidor an III, sur la séparation des autorités administrative et judiciaire, qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître de ces actes, et de déclarer s'il en résulte ou non quelque obligation à la charge du Trésor. (Décret du 5 mars 1852, comp. d'assurance d'incendie le Phénix, etc.)

Dans d'autres cas où la cause ne présentait aucun acte administratif à interpréter, apprécier ou appliquer, mais où c'était encore l'État-*Gouvernement*, l'État-*Administration* qui était assigné, le Conseil a jugé, en vertu des lois générales sur la liquidation de la dette publique, c'est-à-dire des lois des 22 janvier, 25-28 mars 1790, 17 juillet-8 août 1790, 16, 17-22 décembre 1790, 24 août 1793, de l'arrêté du gouvernement du 2 germinal an V, qu'il n'appartient qu'à l'autorité administra-

[1] Collection Baudoin.

tive de prononcer sur les questions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur. (Ord. 20 août 1847, Beaumont; 26 août 1835, Clament-Zuntz, etc.)

Le Conseil a attaché tant d'importance à la consécration de cette règle, que, même dans des cas où la décision en faveur de la compétence administrative aurait pu être fondée soit sur la nécessité d'interpréter ou appliquer des actes administratifs, soit sur des textes positifs et spéciaux, il a, négligeant ces circonstances particulières qui lui fournissaient une solution facile, porté volontairement la question sur le terrain des lois relatives à la liquidation de la dette publique, et réservé ainsi à l'autorité administrative seule le droit de constituer le gouvernement débiteur. (Ord. 9 février 1847, Legat; 9 décembre 1845, Mouton; 4 avril 1845, Galy; 8 août 1844, Dupart; 29 octobre 1839, de Venançourt.)

Dans toutes les espèces qui précèdent, c'était l'État-*Gouvernement*, l'État-*Administration*, qui était cité en justice. Le Conseil est allé encore plus loin. Même dans des cas où l'État paraissait ne se présenter que comme *individu*, et à titre de simple *personne privée*, par exemple comme étant aux droits d'une ancienne communauté religieuse, et comme garant, en cette qualité, d'une vente faite par cette communauté avant 1790; ou comme détenteur d'un domaine de nature patrimoniale, pour la cession duquel une rente avait été stipulée; ou comme propriétaire d'une maison pour la garde de laquelle un salaire était dû à un préposé, etc., le Conseil d'État a encore décidé qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître des questions relatives à la liquidation de la dette publique. (Ord. 9 mai 1841, de Bâvre; 4 février 1824, de Bourbon-Conti; 1er mai 1822, Reinquin, etc.)

Mais, dans d'autres circonstances, le Conseil d'État a déclaré la compétence de l'autorité judiciaire. Il a décidé :

Par rapport à l'État-*Trésor public*, que la question de savoir si l'ordonnance de payement délivrée au profit d'un créancier de l'État nonobstant l'opposition formée par un tiers est valable, est du ressort des tribunaux (ord. 18 septembre 1833, Chartrey); qu'ils sont également compétents pour statuer sur les contesta-

tions qui peuvent s'élever au sujet de la régularité ou de l'irrégularité de l'endossement apposé à une traite tirée par le payeur général de l'armée sur le caissier général du Trésor (ord. 8 mai 1822, Laffitte);

Par rapport à l'État-*propriétaire*, que c'est aux tribunaux que doivent être déférées les questions d'exécution et d'interprétation d'un bail consenti par l'administration de la liste civile du roi Louis-Philippe, à laquelle a succédé l'État, en vertu des décrets du gouvernement provisoire des 26 février et 27 avril 1848 (décr. 26 mars 1850, Boursin); que l'autorité judiciaire, à laquelle il appartient de statuer sur la question de propriété de biens réclamés par un particulier contre le domaine, et d'ordonner la restitution des fruits comme accessoires de l'action principale, est compétente aussi pour fixer le montant des sommes que le particulier prétend avoir à recouvrer sur l'État (ord. 13 décembre 1845, commune de Grémilly; 16 mai 1839, Réversat); qu'il lui appartient également de statuer sur une demande tendante à faire condamner l'État, comme acquéreur de partie d'un immeuble, à contribuer aux sommes payées pour parer à une éviction (ord. 7 décembre 1844, Finot); sur une demande ayant exclusivement pour objet le payement de travaux effectués dans une maison, propriété de l'État, occupée par une corporation religieuse (ord. 28 mars 1838, veuve Barrau); sur le refus que fait l'administration des domaines, appelée à recueillir une succession en déshérence, de payer le montant de frais auxquels elle a été condamnée dans une instance judiciaire, refus au soutien duquel elle invoque des moyens de droit commun (ord. 15 mars 1826, de Fréville); enfin, sur la demande formée par un particulier à fin de réparation de dommages causés à ses propriétés foncières, dans le cas, par exemple, où l'administration forestière a fait abattre, comme appartenant à l'État, des arbres qu'un particulier soutient être siens (décr. 23 janvier 1814, Turquand d'Auzay).

Toute une série de questions de ce genre est née à l'occasion de la liquidation de la liste civile du roi Charles X, après 1830. Dans des espèces où la décision en faveur de la compétence administrative aurait pu être fondée, soit sur le décret du 11 juin

1806, article 14, qui attribue compétence à l'autorité administrative pour le jugement des contestations relatives aux marchés passés avec l'intendant de la maison du chef de l'État, ou en son nom, et aux travaux ou fournitures faits pour le service personnel du chef de l'État, ou celui de ses maisons; soit sur les articles 4 et 5 de la loi du 8 avril 1834, qui désignent nominativement le ministre des finances comme juge supérieur des créances réclamées contre la liste civile du roi Charles X; le Conseil d'État a laissé de côté ces circonstances spéciales, pour ne voir que le caractère de *dettes de l'État*, conféré aux dettes de l'ancienne liste civile par la loi du 8 avril 1834. C'est là, en effet, le motif principal et explicite de ses décisions : il commence par citer les lois qui établissent la compétence de l'autorité administrative pour la liquidation de la dette publique; il y rattache la loi du 8 avril 1834, article 1er, qui met les dettes de l'ancienne liste civile à la charge de l'État, et il en conclut que, ces dettes ayant ainsi changé de nature, et étant devenues désormais dettes de l'État, l'effet nécessaire de la loi du 8 avril 1834 a été de transporter à l'autorité administrative les actions qui les concernent; les articles 4 et 5 de la même loi ne sont visés qu'accessoirement et en second ordre (ord. 17 juin 1835, commune de Vincennes; 9 mars 1836, propriétaires de la salle Ventadour). Toutefois, dans une dernière circonstance, le Conseil a cessé de viser les lois relatives à la liquidation de la dette publique; il vise la loi du 8 avril 1834, et paraît s'attacher principalement aux articles 4 et 5 de cette loi, qui attribuent compétence nominativement au ministre des finances (ord. 15 mars 1838, Beauvais).

Un mot encore sur les effets de la connexité en ces matières. Le Conseil d'État a reconnu la connexité en faveur de la compétence judiciaire, c'est-à-dire qu'il a renvoyé devant les tribunaux, comme questions connexes et accessoires, par rapport à une contestation principale qui était de leur ressort : 1° le litige sur la restitution des fruits, comme accessoire de l'action principale en revendication de la propriété d'un immeuble (ord. 13 décembre 1845, commune de Grémilly); 2° la demande en dommages-intérêts, comme accessoire de la demande princi-

pale à fin d'annulation d'une saisie et de restitution d'objets saisis, en matière de contraventions postales (ord. 20 avril 1847, Dubochet). Au contraire, il a constamment refusé de la prononcer en ce qui concerne les actions en garantie ou en responsabilité introduites contre l'État-*Gouvernement* ou *Administration*, et constituant, à son égard, non plus une demande accessoire à un litige pour lequel l'État est déjà en cause devant l'autorité judiciaire, mais une sorte d'action principale. (Décr. du 25 mars 1852, commune de Péron; ord. 26 avril 1847, Brunet; 9 décembre 1845, Mouton; 9 mai 1841, de Bâvre.)

Voilà pour la jurisprudence du Conseil d'État.

Passons maintenant à celle de la Cour de cassation :

Dans les années qui ont suivi la consécration du principe de la séparation des pouvoirs, et peut-être à cause des souvenirs alors récents qu'avaient apportés avec eux, dans le sein de la cour, un grand nombre de magistrats qui avaient participé, comme membres de l'Assemblée constituante, à l'établissement de ce principe; dans ces premières années, disons-nous, la Cour de cassation a, relativement aux actions dirigées contre le Trésor public, appliqué dans toute son énergie la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. C'est ainsi qu'on voit la Cour juger : que l'autorité administrative est seule compétente à l'effet de prononcer des condamnations contre des administrateurs pour des objets appartenant à la nation (arrêt du 27 avril 1793, habitants de Flaxlanden; Sirey, collect. nouv., t. I, p. 16); à l'effet de prononcer sur une demande en compensation opposée à l'État, par un adjudicataire de bois nationaux dont la créance est sujette à liquidation (arrêt du 16 thermidor an VII, Prost; Sirey, même tome, p. 233); à l'effet de prononcer sur les contestations relatives au payement de fournitures faites pour le compte du gouvernement (arrêts des 22 pluviôse an X, Labouret, et du 15 messidor an X, Duparcq; Sirey, même tome, p. 592 et 664); à l'effet de prononcer sur la demande formée contre un agent ou préposé du gouvernement, en payement de fournitures faites à cet agent ou préposé, en sa qualité (arrêt du 11 messidor an X, Laurent; Sirey, même

tome, p. 661). Enfin, par un arrêt du 8 messidor an XI, rendu au rapport de M. Henrion, et qui reproduit les expressions de l'arrêté du gouvernement du 2 germinal an V, la Cour a jugé « que dans les affaires administratives se placent naturelle- » ment toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du » gouvernement, par les agents sous ses ordres, et avec les fonds » du Trésor public » (Labouret; Sirey, même tome, p. 823), etc. Toutes ces décisions de la Cour de cassation sont fondées directement sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Mais à mesure qu'on s'éloigne du point de départ, ces idées paraissent se modifier. Notamment, à dater de 1833, on a vu la Cour de cassation reconnaître la compétence de l'autorité judiciaire à l'effet de prononcer des condamnations contre l'État, comme responsable des dommages causés par ses agents, par exemple dans le service des contributions indirectes (arrêt du 30 janvier 1833, Paul; Sirey, 1833, p. 99); dans le service des douanes (arrêt du 22 janvier 1835, Royer; Sirey, 1835, p. 196); dans le service des bureaux du Trésor public (arrêt du 29 février 1836, Schuhmann; Sirey, 1836, p. 293); dans le service des malles-postes (arrêts des 30 janvier 1843 et 1er avril 1845, Depeyre, et 22 novembre 1848, Normandin : Sirey, 1843, p. 353; 1845, p. 363; 1848, p. 700); dans le service de la poste aux lettres (12 janvier 1849, Vandermarcq; Sirey, 1849, p. 43).

Néanmoins, même dans cette deuxième période, la Cour de cassation a jugé « que la loi du 16 fructidor an III et les autres lois relatives à la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, ne permettent pas aux tribunaux de s'immiscer même indirectement dans les actes d'administration.....; et spécialement, qu'elles leur interdisent de connaître des demandes de dommages élevées contre l'administration, soit pour exécution des mesures administratives, soit pour omission de mesures que l'on reprocherait à l'administration de n'avoir pas prises. » (Arrêt du 3 juin 1840, de Rotrou; Sirey, 1840, p. 624.)

Il nous reste à parler de la jurisprudence du Tribunal des conflits :

Ce Tribunal a gardé en quelque sorte une position intermé-

diaire. Il s'est abstenu de décider en principe la question de savoir à quelle autorité il appartient de statuer sur les questions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur, en s'attachant, dans chaque espèce, à la circonstance particulière d'actes ou de règlements administratifs à interpréter ou apprécier, circonstance qui tranchait toute difficulté par l'application pure et simple des lois du 16-24 août 1790, titre 2, art. 13, et du 16 fructidor an III (décisions des 20 mai 1850, Manoury et autres; 28 novembre 1850, Leclerc; 7 avril 1851, Cailliau). Ce n'est pas que les occasions aient manqué au Tribunal. Dans les affaires des sieurs Manoury et autres, M. Cornudet, commissaire du gouvernement, avait reconnu aussi que la question de principe pouvait être évitée, mais il avait déclaré qu'elle était trop nettement formulée dans l'arrêté de conflit soumis au Tribunal et dans les précédents émanés du Conseil d'État; pour qu'il ne fût pas du devoir au moins du commissaire du gouvernement de la discuter : cependant le Tribunal s'est renfermé dans la question spéciale d'interprétation ou appréciation d'actes ou de règlements administratifs (20 mai 1850). Bien plus, dans l'affaire du sieur Cailliau, M. Rouland, commissaire du gouvernement, avait déclaré qu'il y avait nécessité d'aborder la question de principe, la question spéciale d'actes administratifs à interpréter ou apprécier ne pouvant plus être soulevée, puisqu'il était souverainement jugé, dans la cause, que le préposé de l'administration avait agi dans l'exercice de ses fonctions. Mais le Tribunal s'est encore borné à décider qu'en admettant qu'il en fût ainsi, la question de savoir si l'acte commis par le préposé était susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration, dépendait de l'examen et de l'appréciation de règlements administratifs, examen et appréciation interdits à l'autorité judiciaire par les lois sur la séparation des pouvoirs (7 avril 1851).

Toutefois, il est une observation à faire sur ces décisions du Tribunal des conflits. On peut se demander si le dispositif de ces décisions ne va pas au delà des motifs qui y sont exprimés, et s'il ne juge pas réellement la question que les motifs paraissent avoir voulu réserver. En effet, si, dans l'opinion du Tribunal, l'autorité judiciaire avait été compétente pour statuer sur l'ac-

tion, la nécessité d'interpréter des actes administratifs n'aurait formé qu'une question préjudicielle; l'autorité judiciaire n'aurait dû être dessaisie que de cette question incidente, et non du fond du procès. Au contraire, on voit, par le dispositif des décisions du Tribunal, qu'il annule jusqu'à l'exploit introductif d'instance devant l'autorité judiciaire. Donc c'est plus que l'examen des actes administratifs qui lui est enlevé; c'est le jugement de l'action originaire elle-même, c'est-à-dire de l'action qui tendait à faire déclarer l'État débiteur.

Quant à la connexité, le Tribunal des conflits l'a admise, à l'exemple du Conseil d'État (ord. du 20 avril 1847, Dubochet), en maintenant dans la compétence de l'autorité judiciaire la demande à fin de dommages-intérêts, comme accessoire de la demande principale à fin d'annulation d'une saisie et de restitution des objets saisis, en matière de contraventions postales (décision du 30 mai 1850, Dion-Lambert). Mais il a refusé aussi, comme le Conseil d'État, de l'admettre en ce qui concerne les demandes en garantie ou en responsabilité formées contre l'administration, et constituant, à l'égard de l'État, une sorte d'action principale (décision du 20 mai 1850, Lavigerie).

§ II. — Solution de la question, d'après *les textes*.

L'historique de notre législation, sur le point qui nous occupe, a été tracé, pour les années 1789 et 1790 et pour une partie de l'année 1791, dans quatre discours qui ont été prononcés à l'Assemblée constituante, deux par M. de Batz, les 3 juillet et 22 décembre 1790 [1], le troisième par M. Camus, le 22 mars 1791 [2], le quatrième par M. Lanjuinais, le 17 avril 1791 [3].

Sous l'ancien régime, « le roi, exerçant seul la représentation » et la souveraineté de la nation, ordonnait, dans son conseil, » toutes les dépenses publiques. Il y faisait vérifier ensuite et ces » dépenses et l'emploi des fonds qui y avaient été appliqués. » Toutes autres vérifications des comptes, faites hors du conseil, » n'étaient que préparatoires ou relatives à des formes ; les li-

[1] Pr.-verbal de l'Ass. nat., collect. Baudoin, t. XXIV, n° 338, et t. XLI, n° 509.
[2] Même collection, t. L, n° 598.
[3] Même collection, t. LII, n° 624.

» quidations et les indemnités n'étaient prononcées que par le » roi, comme unique représentant de la nation[1]. »

A l'origine du nouvel ordre de choses, l'Assemblée constituante déclare, par un décret du 22 janvier 1790, sanctionné le 28 mars, qu'il sera sursis au payement des créances arriérées, jusqu'à ce qu'elles soient liquidées; et que, pour procéder à cette liquidation, il sera nommé un comité de douze membres dans le comité des finances. Les titres de créances devront être représentés. Le comité rendra compte à l'Assemblée de chaque partie de la dette, à mesure qu'elle aura été vérifiée, et lui soumettra le jugement de celles qui pourront être contestées. Il sera avisé aux moyens les plus prompts et les plus convenables d'acquitter les créances dont la légitimité aura été reconnue.

Dans l'intervalle de l'adoption du décret à sa sanction, et à la date du 15 février 1790, l'Assemblée « avait jugé que, confor- » mément à son décret du 20 octobre précédent, le conseil du » roi devait continuer les apurements de comptes dont il était » saisi, et que si, après l'apurement d'un compte ou d'une in- » demnité, elle les revoyait elle-même et y trouvait quelques » méprises, elle prononcerait alors ce qui serait convenable à cet » égard[2]. »

Une loi du 17 juillet-8 août 1790, relative aux créances arriérées et aux fonctions du comité de liquidation, déclare, « comme » principe constitutionnel, que nulle créance sur le Trésor pu- » blic ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en vertu » d'un décret de l'Assemblée nationale sanctionné par le roi. » En exécution du décret du 24 janvier et de la décision du 15 février (1790), aucunes créances arriérées ne seront présentées à l'Assemblée nationale, pour être définitivement reconnues ou rejetées, qu'après avoir été soumises à l'examen du comité de liquidation. Tous les créanciers qui prétendent être employés dans l'état de la dette arriérée, sont tenus de se faire connaître dans les délais que la loi citée détermine. Les titres doivent être produits. L'objet du travail du comité de liquidation est l'examen et la liquidation de toute créance et demande sur le Trésor

[1] Discours de M. de Batz, t. XXIV, n° 338.
[2] Disc. de M. de Batz, t. XXIV, n° 338; et de M. Lanjuinais, t. LII, n° 624.

public qui sera susceptible de contestation ou difficulté. Il sera tenu registre de toutes les décisions qui auront été portées sur l'admission, rejet ou réduction des diverses portions de la dette arriérée, afin que, dans aucun temps et sous aucun prétexte, les porteurs de titres rejetés ou réduits ne puissent renouveler leurs prétentions. Conformément à l'article 9 du décret du 9 janvier (1790), les délibérations du comité sur l'admission, rejet ou réduction des diverses parties de la dette arriérée ne seront que provisoires, aucune portion de créance présentée au comité de liquidation ne pouvant être placée sur le tableau de la dette liquidée, qu'après avoir été soumise au jugement de l'Assemblée nationale et à la sanction du roi.

La loi du 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13, déclare distinctes et séparées à jamais les fonctions judiciaires et les fonctions administratives. Les juges ne peuvent, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Une loi du 26-29 août 1790 porte : « Il sera procédé, en la manière accoutumée, à l'examen et à la vérification des indemnités qui pourraient être dues aux fermiers des messageries, soit pour les non-jouissances forcées par les circonstances, soit pour la résiliation de tout ou partie de leurs baux, et au partage desdites indemnités entre les différentes compagnies ou particuliers qui y prétendraient droit; pour, les décisions qui seront intervenues et les débats qui pourraient être présentés contre lesdits résultats, être portés au comité de liquidation, qui en rendra compte à l'Assemblée : le tout en conformité du décret du 17 juillet, relatif aux créances arriérées et aux fonctions du comité de liquidation. »

« Dans les mois de septembre et décembre 1790, l'Assemblée ordonne quelques dispositions particulières, relatives à la liquidation des offices de judicature, dont le comité de judicature est chargé [1]. »

Sur la demande formée par le sieur de Villemotte, écuyer du

[1] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. L, n° 598, disc. de M. Camus, p. 3.

manége du roi, d'une indemnité pour la privation qu'il supportait du corps de bâtiment alors occupé par l'Assemblée nationale, un décret du 16 octobre 1790 prononce le renvoi aux comités des domaines et de liquidation, pour en faire le rapport [1].

Une loi du 23-28 octobre 1790 charge les directoires de districts de donner leur avis, et les directoires de départements de prononcer sur la liquidation des créances réclamées contre les maisons, corps et communautés supprimés, et sur celle des indemnités dues aux propriétaires de dîmes inféodées. Un état des indemnités accordées et des créances reconnues doit être envoyé par les directoires de départements, sans délai, au Corps législatif (tit. 4, art. 2 et 8; tit. 5, art. 1, 6, 8, 25).

A la séance du 11 novembre 1790, une adresse du sieur Vanlerberghe, négociant à Douai, contenant un mémoire justificatif de sa créance sur l'État, est renvoyé au comité de liquidation [2].

Le 13 décembre 1790, l'Assemblée décrète « qu'il y a lieu à » indemnité envers MM. de Bacque frères, Chapellon et Tron- » chaud, et renvoie au pouvoir exécutif pour liquider cette in- » demnité, d'après les comptes et pièces justificatives qui seront » remises par ces armateurs, pour, sur le compte qui sera rendu » à l'Assemblée de cette liquidation, être par elle assigné le » payement des finances accordées ainsi qu'elle avisera [3]. »

Ce renvoi au *pouvoir exécutif* mérite d'être remarqué.

A trois jours de là, un nouveau pas était fait dans cette même voie. Le 16 décembre 1790, l'Assemblée nationale, « considé- » rant que les opérations de finance dont plusieurs de ses comités » étaient chargés, exigeaient un temps beaucoup plus considé- » rable que celui dont les travaux de l'Assemblée leur laissait la » disposition, et que, d'ailleurs, le résultat des avis des comités » ne lui offrait point *la responsabilité toujours si essentielle en* » matière de finances, décrète qu'il sera nommé, par le roi, un » commissaire général de liquidation, chargé de vérifier tous les » faits relatifs aux demandes des créanciers, *responsable de ces* » *faits*, et tenu de faire son rapport aux comités, qui rendront

[1] Même collection, t. XXXIV, n° 443, p. 1.
[2] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. XXXVI, n° 468, p. 11.
[3] Même collection, t. XXXIX, n° 500, p. 7, et t. XLI, n° 511, p. 20.

» compte ensuite à l'Assemblée [1]. » Ce décret a été sanctionné le 22 décembre. Il porte que l'objet de la direction générale de liquidation sera de reconnaître, déterminer et liquider l'arriéré de chaque département, tant en masse qu'individuellement...; les finances et valeurs à rembourser pour diverses créances qui sont énumérées...; les indemnités prétendues pour différentes causes non encore discutées et jugées...; et tous autres objets dont l'Assemblée nationale aurait déjà décrété la liquidation, ou la décréterait par la suite (art. 1er). Le comité de législation surveillera les travaux relatifs à la liquidation..... des indemnités prétendues contre l'État (art. 5). Tout le travail se fera sous les ordres du *seul* commissaire du roi, *responsable* comme il a été dit (art. 6). Le commissaire du roi rend sommairement compte aux comités du résultat du travail (art. 11). Chacun des comités fait ensuite le rapport du même résultat à l'Assemblée; le rapporteur y joint les observations du comité; et, sur ce rapport, l'Assemblée décrète les différentes liquidations, soit en masse, soit individuellement, ou prononce tel autre décret que le cas exige (art. 12). Le décret du Corps législatif ayant été sanctionné par le roi, le commissaire du roi dresse les reconnaissances de liquidation (art. 13), etc.

« Ce décret général a été maintenu par plusieurs décrets parti-
» culiers, qui ont renvoyé à la direction de liquidation des rap-
» ports présentés sans vérification préalable du commissaire li-
» quidateur [2]. »

Une loi du 20-23 janvier 1791 substitue le *commissaire du roi*, directeur général de la liquidation, aux commissaires de l'Assemblée nationale qui devaient délivrer les visa et reconnaissances exigés pour les objets admissibles en payement des domaines nationaux [3].

Les inconvénients de la distribution de la surveillance entre les divers comités de l'Assemblée ayant été reconnus, une loi du 3-20 mars 1791 attribue au comité central de liquidation l'audition des rapports du commissaire du roi, afin de reconnaître

[1] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. L, n° 596, disc. de M. Camus, p. 3.
[2] *Ibid.*
[3] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. XLIII, n° 587, p. 1.

ce qui, n'étant pas susceptible de difficulté, doit être mis sur-le-champ sous les yeux de l'Assemblée, et ce qui, exigeant un examen plus détaillé, doit être renvoyé à la discussion particulière des divers comités dont les commissaires se trouvent réunis en comité central [1].

Un décret de la Convention, du 24 août-13 septembre 1793, après avoir déclaré nationales les dettes des communes, des départements et des districts (art. 82), ordonne, dans un délai et sous des peines déterminées, la remise de tous les titres de ces créances au directeur général de la liquidation (art. 85). Ces dettes doivent être liquidées, remboursées ou inscrites sur le grand-livre, d'après les formes prescrites pour la liquidation des autres créances sur la République (art. 86).

Le 26 septembre 1793, la même Assemblée décrète que toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement; les comités de liquidation et des finances sont chargés de lui proposer, dans la séance du lendemain, un décret à cet égard.

Un autre décret, du 1er floréal an III, après avoir déclaré les créanciers des émigrés créanciers directs de la République (article 1er), porte que les créances sur les émigrés seront liquidées définitivement par les administrations de département (art. 18).

Le décret du 16 fructidor an III, le comité des finances entendu, annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor public; fait défenses itératives aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances, pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois.

L'arrêté du directoire, du 2 germinal an V, après avoir développé un ensemble de considérations politiques et administra-

[1] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. L, n° 598, disc. de M. Camus, p. 4.

tives de l'ordre le plus élevé, conclut en ces termes : Le tribunal qui prend sur lui de prononcer des condamnations contre des agents du gouvernement, soit pour raison d'engagements par eux contractés en leur qualité, soit pour raison d'indemnités prétendues à leur charge pour retard de payement de sommes dues par le Trésor public, « s'arroge, contre tous les principes, » le droit de créer une créance contre la République, tandis » que toute indemnité en faveur de ceux qui ont travaillé pour » le gouvernement doit être le résultat d'une liquidation qui est » exclusivement réservée au *pouvoir exécutif.* »

Un autre arrêté du directoire, du 2 nivôse an VI, qui ordonne l'impression et l'insertion dans le *Bulletin des lois* de la République d'un rapport du ministre de la justice concernant l'attribution de la faculté de statuer sur la validité ou l'invalidité de la vente d'un domaine réputé national, confirme et s'approprie une déclaration du rapport ainsi conçue : « Une réclamation en » indemnité sur le Trésor public est, par sa nature, une chose » *purement administrative*, et sans doute on ne prétendra pas » mettre le Trésor national à la merci des tribunaux. »

Entre autres lois et arrêtés, les lois des 22 septembre-16 octobre 1791, 30 septembre-16 octobre 1791, 24 août-13 septembre 1793, 25 octobre 1795, 24 frimaire an VI, l'arrêté du gouvernement du 13 prairial an X, l'avis du Conseil d'État du 8 thermidor an XIII, etc., attestent que la liquidation de la dette publique a été transférée du Corps législatif à l'autorité administrative.

L'arrêté du 13 prairial an X avait déclaré qu'il serait formé un conseil qui serait chargé de la liquidation générale et définitive de toutes les parties de la dette publique : ce conseil était composé d'un président, conseiller d'État, directeur général, de cinq directeurs particuliers et d'un secrétaire général.

Le décret du 11 juin 1806 avait donné au caractère administratif de cette liquidation une nouvelle énergie, en exceptant du nombre des affaires contentieuses dont la connaissance est attribuée au Conseil d'État, celles qui concernaient la liquidation de la dette publique. Les rapports de ces affaires devaient continuer d'être faits par le conseiller d'État chargé de cette partie de l'administration publique.

Enfin, le décret du 13 décembre 1809 a fixé la suppression du conseil de liquidation au 1er janvier 1810. Diverses mesures transitoires ont été prescrites par ce décret. Les registres, états et archives du conseil général de liquidation ont été mis à la disposition du ministre des finances, le 1er juillet 1810.

De cette série de *textes* on conclut que, dans notre droit public, l'autorité judiciaire n'a jamais été chargée de statuer sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur; que l'Assemblée nationale de 1789 s'était réservé cette mission; que cette réserve comprenait non-seulement l'appréciation du titre au point de vue de l'application des règles financières et de l'allocation des voies et moyens, mais encore la déclaration juridique du droit. le jugement du titre lui-même; que, d'après la loi du 17 juillet-8 août 1790, *reconnaître*, *déclarer la légitimité*, *prononcer*, *admettre*, *rejeter*, *réduire*, *juger*, toutes ces fonctions faisaient partie des attributions que s'était réservées l'Assemblée nationale; que si cette loi parle de jugements rendus par les tribunaux, c'est seulement pour le cas de rejet de la créance, et pour maintenir l'effet de la libération du Trésor, et d'ailleurs par application de la règle de la non-rétroactivité; que cette loi et celles qui l'ont suivie n'avaient pas pour objet unique la liquidation des créances *arriérées*, c'est-à-dire une sorte d'opération exceptionnelle et de circonstance, puisque la mesure est, au contraire, décrétée comme *principe constitutionnel*, et par conséquent permanent; qu'enfin, si la loi du 17 juillet-8 août 1790, et celles qui s'y rattachent, ont commencé par concentrer dans le Corps législatif lui-même le droit de prononcer sur les créances réclamées contre l'État, il faut se souvenir que l'Assemblée nationale ne s'était pas renfermée dans l'exercice de la puissance législative; qu'elle avait absorbé tous les pouvoirs; mais que, peu à peu, le pouvoir exécutif s'est dégagé de l'étreinte; et qu'à mesure qu'il a recouvré son indépendance, il a été investi, en ce qui touche la liquidation des dettes de l'État, des attributions dont l'Assemblée s'était emparée un moment par nécessité.

§ III. — Solution de la question, d'après *les principes*.

La solution d'après les *textes* manque peut-être de netteté sous plusieurs rapports.

Elle manque de netteté, d'abord, en ce qu'il n'est pas facile de concilier la généralité d'application qu'on lui donne, sous un certain point de vue, avec la spécialité d'objet que paraissent indiquer non pas toutes les expressions, mais la plupart des expressions des lois citées. En effet, la plupart de ces lois semblent désigner, comme unique objet de leurs dispositions, la liquidation des créances *arriérées*. Quand aux mots *principe constitutionnel*, qui se trouvent dans l'article 1er de la loi du 17 juillet-8 août 1790, l'Assemblée elle-même a montré qu'ils ne devaient pas être pris à la rigueur, du moins en ce qui concerne les créances ordinaires et courantes ; car, en diverses occasions, elle a renvoyé le règlement des dépenses et indemnités courantes, non à son comité de liquidation, ni au liquidateur général de la dette publique, mais à de simples autorités administratives. C'est ainsi notamment que, par l'article 7 du titre IV de la loi du 8-10 juillet 1791 sur la conservation et le classement des places de guerre, elle a chargé, en cas de contestations, les directoires des corps administratifs de l'estimation des terrains nécessaires pour les établissements militaires. Toutes ces considérations disposent un grand nombre de personnes à penser que, par les lois du 17 juillet-8 août 1790 et autres, l'assemblée a bien pu se réserver, pour lui imprimer son action et la couvrir de sa surveillance, une opération spéciale, la liquidation de la dette publique arriérée, comme, à d'autres époques postérieures de notre histoire, on a confié à des commissions spéciales la liquidation des dépenses et fournitures faites durant l'occupation du territoire en 1815, celle de l'indemnité des émigrés, celle de l'indemnité des colons de Saint-Domingue, celle des créances contre l'Espagne, le Portugal, le Mexique, les États-Unis, etc., mais qu'en étendant l'application des *textes* des lois de 1790 et années suivantes aux dépenses ordinaires et courantes, on en a exagéré la portée.

A l'inverse, sous un autre point de vue, ces mêmes *textes*,

pris dans la généralité qu'ils présentent, ont une application complexe qui soulève une sérieuse opposition. En effet, ils comprennent toutes les dettes de l'*État* : ils ne font aucune distinction entre l'État-*Gouvernement* ou *Administration*, et l'État-*individu* ou *personne privée*. Et cependant cette distinction a de nombreux partisans : ils accordent la juridiction administrative à l'État-*Administrateur*, mais la refusent à l'État-*propriétaire* ou *personne privée*. J'ai entendu, notamment à la séance publique du Conseil d'État du 22 mars 1850, M. Vuitry, alors commissaire du gouvernement, aujourd'hui conseiller d'État, soutenir cette opinion. C'est aussi la doctrine enseignée par M. le professeur Chauveau (t. III, p. 525).

Au milieu de ces inconvénients des *textes*, cherchons donc si, dans cette question comme dans toutes les autres questions de droit administratif, les *principes* ne nous fourniraient pas une solution plus directe, plus logique, plus facile à combiner avec les diverses positions de l'État, soit comme *administrateur*, soit comme *personne privée*.

Que nous disent les principes dans la matière qui nous occupe?

Les principes nous disent que, dans une organisation politique où les pouvoirs sont divisés en pouvoir législatif, pouvoir exécutif, et, si l'on veut, pouvoir judiciaire, la mission de statuer sur les actions intentées par les particuliers contre l'État, et qui tendent à le faire déclarer débiteur, ne peut, d'abord, appartenir au corps législatif. La raison en est que « *c'est à faire des lois que le* » *corps législatif est appelé, et non à décider des faits* [1]..... » « *Il existe un pouvoir constitué qui fait des lois, un autre qui* » *les applique aux individus et aux faits* [2].....» « *La différence* » *d'une loi et d'un jugement est que celle-là statue sur des ques-* » *tions générales, et celui-ci sur un fait déterminé* [3]. »

Les principes nous disent aussi que cette mission n'appartient pas, en tant du moins que l'action est dirigé contre l'État-*Gouvernement* ou *Administration*, au pouvoir judiciaire. Écoutons ici les auteurs mêmes de la loi du 16-24 août 1790 *sur l'or-*

[1] Procès-verbal de l'Ass. nat., t. III, n° 48, disc. de M. Sieyès, p. 4.
[2] Même collection, t. XVI, n° 244, disc. de M. Duport, p. 7.
[3] *Ibid*, p. 14.

ganisation judiciaire. Thouret : « Le pouvoir judiciaire, distinct » du pouvoir administratif, est circonscrit dans les bornes de » la justice distributive pour le jugement des *contestations pri-* » *vées entre les citoyens*, et pour la punitition des crimes[1]. » Duport : « Il faut distinguer, dans une société, deux sortes de » lois, les lois politiques et les lois civiles : les premières em- » brassent les relations des individus avec la société, ou celles » des diverses institutions politiques entre elles. Les secondes » déterminent *les relations particulières d'individu à individu ;* » c'est pour appliquer *ces dernières lois que les juges sont spé-* » *cialement et uniquement institués*[2] »..... « Les juges doivent » être chargés *simplement* de décider les différends qui s'établis- » sent *entre les citoyens*[3]. »

Donc, la mission de statuer sur les actions qui tendent à faire déclarer débiteur l'État - *Gouvernement* ou *Administration* ne peut appartenir qu'au pouvoir exécutif, dont l'autorité administrative est une dépendance. Elle lui appartient non-seulement parce qu'elle n'appartient à aucun des deux autres pouvoirs, mais encore parce qu'elle se trouve directement dans sa ligne. En effet, c'est toujours à raison, soit d'un fait actif, soit d'une omission d'agir, ou d'un ordre donné, ou d'un service reçu dans la sphère administrative, que la demande est formée. Le principe de la séparation des pouvoirs suffit donc pour en interdire la connaissance à l'autorité judiciaire. S'il en était autrement, l'autorité judiciaire non-seulement se trouverait amenée à discuter les opérations et procédés des fonctionnaires dans les différentes parties de la hiérarchie administrative, mais aurait véritablement la main sur l'administration, qu'elle frapperait tantôt pour avoir agi, tantôt pour n'avoir pas agi, et à qui elle dicterait sa conduite à coups de condamnations pécuniaires : d'où résulterait, avec la confusion des deux autorités, la destruction de la responsabilité gouvernementale et administrative, laquelle a pour corrélatif nécessaire la liberté d'action, et ne peut plus subsister du moment que la liberté d'action n'existe plus.

[1] Même collection, t. II, n° 38, p. 34.
[2] Même collection, t. XVI, n° 244, disc. de M. Duport, p. 5.
[3] *Ibid.*, p. 10.

Voilà donc le véritable fondement de la compétence administrative, toutes les fois que la demande est dirigée contre l'État-*Gouvernement* ou *Administration* : c'est le principe de la séparation des pouvoirs. Par conséquent, il suffit de citer, comme éléments de la solution, les articles des actes constitutionnels qui établissent la division des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et les lois des 22 décembre 1789, section 3, article 7, 16-24 août 1790, titre 2, article 13, et 16 fructidor an III, qui confirment plus spécialement la séparation des autorités judiciaire et administrative. Par là, on est dispensé d'invoquer les *textes* des lois des 22 janvier, 25-28 mars 1790, 17 juillet-8 août 1790 et autres, relatives à la liquidation des créances arriérées, et l'on évite ainsi les objections qu'ils soulèvent.

C'est par là du moins que M. Merlin, à qui on attribue la rédaction de l'arrêté du gouvernement du 2 germinal an V, a tranché la question : dans cette déclaration célèbre, il tire toute son argumentation directement du principe de la séparation des pouvoirs, et ne cite nullement les lois relatives à la liquidation de la dette publique arriérée. Il en est de même de M. Henrion de Pansey, dans son livre sur *l'Autorité judiciaire* (p. 467 et 513), et de M. Proudhon, dans son traité du *Domaine de propriété* (p. 67 et suiv.). C'est par là aussi que la Cour de cassation a tranché la question, dans la première période de sa jurisprudence. (Arrêts des 27 avril 1793, 16 themidor an VII, 22 pluviôse an X, 18 messidor an X, 8 messidor an XI, et, plus tard même, dans son arrêt du 3 juin 1840 [de Rotrou].)

Mais, d'un autre côté, si la raison directe de décider est dans le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, l'étendue de la solution est déterminée et limitée par cela même. La solution, dans ce système, n'est applicable que dans les cas où l'action est dirigée contre l'État-*Gouvernement* ou *Administration*. Quand, au contraire, l'action est dirigée contre l'État-*individu* ou *personne privée*, alors le principe de la séparation des deux autorités est désintéressé, et l'État-*individu* se trouve, comme toute autre personne privée, justiciable des tribunaux civils.

Resterait un troisième ordre en quelque sorte mixte, celui où

la créance réclamée contre l'État aurait pour objet quelqu'un de ces biens qui, par leur nature, ressemblent aux biens patrimoniaux, mais qui, par leur destination, sont affectés à des services publics, tels que les hôtels des ministères et des autres administrations nationales. A raison de ces biens, l'État devrait-il être considéré comme *personne privée* ou comme *administration*? La question présenterait des difficultés; mais, au moins en ce qui touche l'exécution des travaux qui concernent ces biens et les réclamations d'indemnités auxquelles cette exécution peut donner lieu, tout est réglé par un texte exprès et positif : ces travaux rentrent en effet, par leur destination, dans la classe des travaux publics auxquels s'applique la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, § 4, qui attribue compétence aux conseils de préfecture.

Je me résume :

Si l'on décide la question *d'après les textes*, depuis les lois des 22 janvier, 25-28 mars 1790, 17 juillet-8 août 1790, etc., jusqu'au décret du 13 décembre 1809, on se trouve en face de deux objections graves : l'une tirée de ce que la plupart de ces *textes* paraissent n'avoir pour objet que la liquidation de la dette publique arriérée, et non les dettes courantes et ordinaires de l'État; l'autre tirée de ce que ces *textes*, ne faisant aucune distinction entre l'État-Gouvernement ou Administration et l'État-individu ou personne privée, attribueraient à l'État le bénéfice de la juridiction administrative dans le second cas comme dans le premier.

Si l'on décide la question *d'après les principes*, la compétence n'est administrative que dans les cas où l'État est assigné comme gouvernement ou administration; lorsque, au contraire, il est assigné comme individu ou personne privée, la compétence est judiciaire.

Enfin, relativement à certains objets dont j'ai parlé en dernier lieu, et qui paraissent présenter un caractère mixte, la question, au moins en ce qui touche l'exécution des travaux et les indemnités qui peuvent en être la suite, est tranchée, par un texte spécial, en faveur de la compétence administrative.

J. JOUSSELIN.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de mars 1852.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Mariage; mort civile.* — Le pourvoi formé sur la question de savoir si un mariage est ou non dissous est toujours suspensif, aussi bien quand la dissolution est invoquée comme résultant de la mort civile (ou encore de la mort naturelle) que quand elle l'est comme résultant du divorce.
2. *Désaveu d'enfant; naissance cachée aux héritiers du mari.* — Le recel, envers les héritiers du mari, d'une naissance postérieure au décès de celui-ci, produit les mêmes effets légaux que le recel pratiqué envers le mari lui-même.
3. *Quotité disponible; estimation de l'usufruit donné.* — Les libéralités en usufruit doivent s'estimer, dans les calculs de disponibilité des biens, non d'après une règle invariable attribuant à l'usufruit la moitié de la valeur de la pleine propriété, mais d'après l'âge et l'état de santé de l'usufruitier.
4. *Vente; immeubles; action rédhibitoire.* — L'action en résolution de la vente pour vices cachés de la chose vendue est et a toujours été admise par la loi dans les ventes d'immeubles comme dans les ventes mobilières.
5. *Vente verbale; acte postérieur; héritier mineur du vendeur.* — Quand un immeuble a été vendu (verbalement) par un majeur, l'acte qu'il s'agit d'en rédiger plus tard avec l'héritier mineur du vendeur, n'est pas soumis aux formalités des articles 457-459 C. Nap.
6. *Dot mobilière; aliénabilité.* — La dot mobilière n'est point inaliénable. Renvoi. Réponse à MM. Dalloz et Bellot des Minières.
7. *Mort civile; amnistie; mariage.* — L'amnistie accordée à un mort civilement rétablit-elle de plein droit son mariage? Critique d'un arrêt affirmatif de la Cour suprême.
8. *Filiation naturelle; indication de la mère par le père.* — L'aveu de la mère, exigé par l'article 336 C. Nap. pour l'efficacité de la déclaration faite par le père, peut-il résulter de la possession d'état donnée à l'enfant par la mère? Critique de la jurisprudence.
9. *Donation; adoption; révocation.* — L'adoption révoque-t-elle les donations antérieurement faites par l'adoptant? Renvoi.

1. — (RENNES, 14 AOUT 1851; *J. P.*, 52, 1, 278.) — Nous commencions notre dernier examen doctrinal (*supra*, p. 325) en signalant la parfaite exactitude d'un arrêt par lequel la chambre des requêtes rejetait le pourvoi formé contre une décision

rendue par la Cour d'appel de Rennes en matière de mort civile. La Cour de Rennes, et comme elle la Cour suprême, ont jugé, avec grande raison, que d'après les articles 25, 27 et 227 C. Nap., la mort civile dissout le mariage à l'instant même où elle frappe le condamné, c'est-à-dire dès l'exécution de l'arrêt dans les condamnations contradictoires, puis dans les condamnations par contumace après cinq ans à compter de l'exécution fictive, et non pas seulement après vingt ans de la date de l'arrêt, suivant la doctrine erronée de M. Duranton. Or l'affaire qui a donné lieu à ces deux arrêts, a fait naître aussi une autre question beaucoup plus délicate, tranchée par un autre arrêt de Rennes, et que nous croyons également bien jugée.

M. le maire de Paimbœuf et M. le procureur général de Rennes s'étant pourvus en cassation contre l'arrêt qui avait déclaré le mariage du condamné Saget dissous par l'expiration des cinq années depuis l'exécution de la condamnation par contumace et ordonné la célébration du nouveau mariage que voulait contracter la femme Saget, il s'est agi de savoir si le pourvoi dirigé contre cet arrêt était suspensif et faisait obstacle à la célébration, par application de l'article 263, qui déclare suspensifs les pourvois formés contre des arrêts prononçant un divorce.

La question est délicate; mais nous pensons cependant que c'est à bon droit que la Cour de Rennes l'a résolue affirmativement. Sans doute l'attribution de l'effet suspensif aux pourvois en cassation est une exception aux règles générales; et comme il est de principe qu'une exception ne doit pas s'étendre d'un cas à un autre, il semblerait assez juridique de soutenir que, puisque le Code n'accorde l'effet suspensif au pourvoi que pour la dissolution par divorce, on ne doit pas le lui donner pour la dissolution par la mort civile. Mais cette solution nous paraît cependant être trop rigoureuse et contrarier la pensée manifeste du législateur.

Pourquoi, en effet, la loi déclare-t-elle le pourvoi suspensif en cas de divorce? Est-ce à cause du mode par lequel on arrive alors à la dissolution du mariage? N'est-ce pas, au contraire, à cause de cette dissolution en elle-même, et pour proscrire les résultats scandaleux et funestes que produirait ici une célébra-

tion légalement accomplie aujourd'hui et légalement annulée quelques mois après? Quel fait plus affligeant pour les mœurs, et plus compliqué d'ailleurs de difficultés pour le règlement des intérêts moraux et pécuniaires des familles, que celui d'une femme que l'on déclare d'abord avoir cessé d'être l'épouse de Pierre et être devenue l'épouse de Paul, pour la déclarer, six mois ou un an après, être toujours restée l'épouse de Pierre et n'avoir jamais été l'épouse de Paul, dont elle a peut-être des enfants? C'est là ce que la loi ne pouvait pas et n'a pas voulu permettre; et c'est bien pour la dissolution en elle-même, nullement en considération du mode particulier qui la produirait, qu'elle pose ici l'effet suspensif du pourvoi. Si l'article 263 n'a textuellement indiqué que le cas de divorce, c'est parce qu'il était le seul des trois cas de dissolution pour lequel une contestation sur le point de savoir si le mariage était ou non dissous semblait devoir se présenter. Dans les deux cas, soit de mort naturelle, fait matériel généralement incontestable et incontesté, soit de mort civile, événement qui ne s'accomplit que quand il y a eu décision sur le pourvoi ou expiration du délai de ce pourvoi, le cas d'un recours en cassation sur le point de savoir s'il y a oui ou non dissolution, n'a pas pu s'offrir comme probable à l'esprit du législateur, et c'est uniquement pour cela qu'il a omis de parler soit de la mort civile, soit de la mort naturelle, dans l'article 263. Mais vienne, par quelque circonstance particulière, un procès sur le point de savoir si tel époux est ou non défunt, ou sur le point de savoir s'il est ou non frappé de mort civile, alors évidemment on se trouve, non pas dans le texte, mais dans la pensée de l'article 263. Cet article, nous le répétons, n'a entendu parler et ne s'est préoccupé que de la dissolution en elle-même, non du mode par lequel elle se réalisera; et puisqu'il existe alors une question de dissolution, puisque c'est une question de dissolution que le pourvoi soulève, ce pourvoi sera donc suspensif: ainsi le veut l'esprit, bien manifeste selon nous, de l'article 263.

C'est donc avec raison que l'arrêt de Rennes a fait application de cet article au cas du procès sur la réalisation de la mort civile; et il faudrait l'appliquer de même, le cas échéant, au cas du procès sur la réalisation de la mort naturelle.

2. — (Req. 8 déc. 1851; *Dev.*, 52, 1, 161.) — Signalons également comme un arrêt parfaitement juridique et dont la question, selon nous, n'était pas même controversable, celui par lequel la chambre des requêtes décide que l'action en désaveu d'un enfant pour cause d'adultère de la mère et de recel de la naissance, peut aussi bien être intentée par les héritiers du mari pour un recel pratiqué envers eux après la mort du mari (décédé avant la naissance), que pour le recel pratiqué envers le mari lui-même.

Dans l'espèce, le mari était mort huit mois avant la naissance de l'enfant de sa femme, sans pouvoir connaître dès lors ni la naissance, ni même la grossesse. Cette naissance n'avait donc pas pu lui être recélée par la femme, et on voulait en conclure que l'action en désaveu n'était pas possible, puisqu'elle n'est permise, disait-on, que quand la naissance a été cachée *au mari*.

C'était une erreur. Du moment que, d'une part, l'action appartient aux héritiers du mari comme au mari lui-même, de sorte qu'ils peuvent non-seulement la continuer après lui, mais même l'intenter quand il ne l'a pas fait; que, d'autre part, elle est fondée sur le double fait d'adultère de la femme et de recel de la naissance par elle, la raison dit assez qu'il importe peu que le recel ait été pratiqué envers le mari encore vivant ou envers les héritiers du mari décédé lors de l'accouchement. Pourquoi, en effet, le recel de la naissance (joint à l'adultère de la femme) permet-il de prononcer le désaveu? C'est parce que ce recel est de la part de la femme l'aveu que l'enfant n'est pas de son mari : en cachant son accouchement à celui-là même à qui elle devrait s'empresser de le faire connaître, la femme révèle que, dans sa conviction, l'enfant appartient à un autre. Or, pratiqué envers les héritiers du mari, quand l'accouchement a lieu après la mort de celui-ci, le recel a précisément la même signification et révèle les mêmes idées; il prouve, comme dans le premier cas, que la femme a honte de la naissance de son enfant, qu'elle n'ose pas la faire connaître à ceux qui ont droit et intérêt à la critiquer; et loin d'être moins significatif, il le serait plutôt davantage, puisque la femme n'a plus à craindre, comme vis-à-vis du mari, la colère de celui-ci, de mauvais traitements, une vie commune

insupportable, ni même des reproches et observations portant sur des faits que le mari connaissait nécessairement et que les héritiers peuvent ne pas connaître. Il lui faut donc un sentiment bien profond de sa faute, une conscience bien vive de l'extranéité de l'enfant, pour qu'elle se préoccupe de cacher sa naissance à de simples héritiers du mari, qui n'ont aucun pouvoir, aucune autorité sur elle. Et c'est précisément parce que, vis-à-vis de simples héritiers, la femme ordinairement agira sans crainte, malgré sa conscience de l'illégitimité de l'enfant, c'est parce qu'elle n'a plus vis-à-vis d'eux les mêmes raisons de se cacher, et que par conséquent le recel en pareille hypothèse sera fort rare (et c'est ici, en effet, le premier exemple que nous en présente la jurisprudence), c'est pour cela que le Code ne s'en est pas expressément occupé et n'a parlé que du cas de recel pratiqué envers le mari lui-même. Mais encore une fois, la raison est non-seulement la même, mais plus forte encore, et c'est à bon droit que la Cour d'appel de Paris et la chambre des requêtes ont tranché la question dans ce sens.

3. — (GRENOBLE, 8 MARS 1851; *J. P.*, 52, 2, 313.) — C'est de même un excellent arrêt que celui par lequel la Cour de Grenoble décide que quand il y a lieu, pour le calcul de la quotité disponible, d'évaluer une libéralité faite en usufruit et de fixer la portion de pleine propriété à laquelle cet usufruit peut équivaloir, c'est par l'âge et l'état de santé de l'usufruitier que doit se faire l'évaluation.

Ce principe a souvent été méconnu; la plupart des tribunaux trouvent commode d'évaluer invariablement l'usufruit, conformément à la règle posée par les lois de l'enregistrement, à la moitié de la pleine propriété; et notre savant confrère M. Coin-Delisle présente ce dernier mode d'évaluation comme étant même *plus équitable* que l'autre, et devant dès lors être préféré par cela seul qu'il n'est prohibé par aucune loi (art. 1094, n° 18). Mais ces idées ne sont pas admissibles; car il restera toujours évident, malgré tous les raisonnements qu'on pourra faire à cet égard, que l'usufruit qui repose sur la tête d'un vieillard infirme et débile de soixante-quinze ou quatre-vingts ans, est loin d'avoir la même valeur que celui qui appartient à une jeune et robuste

personne de vingt-cinq ou trente ans. Tout ce qu'on pourra dire ne détruira pas ce fait, que l'usufruit qui doit, selon toute apparence, durer trente ou quarante années, vaut beaucoup plus que celui qui ne peut pas aller au delà de douze ou quinze années..... Sans doute la loi ne prohibe pas par un texte exprès l'estimation invariable à moitié; mais elle ne l'ordonne pas non plus dans les rapports des citoyens entre eux, comme elle le fait (pour faciliter la perception des droits d'enregistrement) dans les rapports des citoyens avec le fisc. Or puisqu'elle ne l'ordonne pas, l'estimation doit donc se faire à la véritable valeur de la chose; et il est bien évident, encore une fois, qu'un droit de jouissance d'une durée probable de trente-cinq ans et davantage est d'une tout autre valeur que celui d'une durée probable de quinze ans tout au plus.

C'est donc d'après les circonstances particulières de chaque espèce, comme nous l'avons soutenu dans notre *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (art. 1100, n° II, *in fine*), qu'une libéralité d'usufruit doit s'estimer. Que les tribunaux s'arrêtent plus souvent à l'estimation de moitié qu'à une autre, qu'ils la prennent comme la règle la plus générale et donnant d'ordinaire l'estimation la plus juste pour un usufruitier d'un âge moyen, rien de mieux; mais il faut qu'il soit bien entendu que c'est à raison de cet âge moyen qu'elle est alors suivie, et nullement comme règle invariable, fixant partout et toujours l'usufruit à la moitié de la pleine propriété, tandis qu'il peut en valoir tantôt plus des trois quarts et tantôt moins du quart.

C'est aussi là, du reste, ce qu'admet en définitive la jurisprudence de la Cour de cassation. Si elle a paru quelquefois donner un peu trop d'importance à la prétendue règle de l'estimation à moitié, elle reconnaît toutefois que le chiffre de l'estimation dépend avant tout des circonstances de chaque affaire, qu'elle est d'ailleurs un point de fait dont la solution appartient souverainement aux juges de première instance et d'appel, et que c'est à ces magistrats d'admettre, selon les cas et à raison des faits particuliers, ou l'estimation à moitié ou toute autre estimation [1].

[1] *V.* notamment : Rej. 21 mars 1837; Cassat. 24 juill. 1839 (Dall., 37, 1,

L'arrêt de Grenoble, du 8 mars 1851, est donc d'accord tout à la fois et avec la jurisprudence de la Cour suprême et avec les vrais principes, quand, réformant le jugement de première instance, qui avait admis la fixation à moitié comme règle légale et absolue, il décide que cette fixation n'a nullement le caractère de règle légale; et que la valeur de l'usufruit étant dans l'espèce, à raison de l'âge et de l'état de santé de la donataire, du quart seulement de la pleine propriété, c'était dès lors à ce chiffre du quart qu'il fallait s'arrêter.

4. — (Rej. civ. 29 mars 1852; *Dall.*, 52, 1, 65.) — C'est avec grande raison aussi qu'un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, rejetant en ce point le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, reconnaît, contrairement à la doctrine de M. Duranton (t. XVI, n° 317), que l'action en résolution d'une vente pour vices cachés de la chose vendue existe aussi bien pour les ventes immobilières que pour les ventes de meubles.

« Il ne paraît pas, dit M. Duranton (après avoir constaté l'existence de cette action dans le droit romain pour les biens immeubles comme pour les autres), qu'on ait admis cette action » dans notre droit pour les immeubles, parce qu'on n'achète les » immeubles qu'après les avoir vérifiés ou fait vérifier (*loc. cit.*). » Mais cette doctrine, que tous les auteurs et arrêts ont condamnée, et dont nous avons également signalé la fausseté dans notre explication de l'article 1641 (n° I; *in fine*), est en effet l'une des plus graves inexactitudes qu'ait commises le savant professeur. L'action des vices rédhibitoires a toujours été admise pour les immeubles par notre droit français, tout aussi bien que par le droit romain, comme on peut le voir notamment dans Dumoulin (*De divid.*, n° 620), dans Domat (l. 1, tit. 2, sect. 11, § 4) et dans Pothier (*Vente*, n° 207); on ne s'explique pas comment M. Duranton a pu affirmer le contraire; et la généralité d'expression des articles 1641 et suivants, qui parlent tous, de la manière la plus générale et la plus absolue, de toutes ventes, de toutes choses vendues, de tous acquéreurs, ne laisse pas le

151; 39, 1, 289; Dev., 37, 1, 273; 39, 1, 633; *J. P.*, 37, 1, 280; 39, 2, 59).

moindre doute sur la portée, aussi large dans notre droit moderne que dans notre ancien droit et dans le droit romain, de l'action rédhibitoire.

Aussi est-il à remarquer que le demandeur en cassation n'osait même pas formuler nettement la prétendue inadmissibilité de l'action rédhibitoire pour les ventes d'immeubles, et motivait la prétendue violation de l'article 1641 par cette idée de fait, qu'en supposant l'action admissible, il n'existait pas dans l'espèce de vices cachés de nature à la faire admettre. Mais la Cour a répondu avec raison que c'était là un point de fait dont l'appréciation appartenait souverainement à la Cour d'appel, et que du moment qu'il avait été constaté en fait par cette Cour (ce qui paraissait, au surplus, fort exact) qu'il existait des vices cachés rendant la chose vendue impropre à l'usage auquel on la destinait, l'annulation de la vente était parfaitement légale.

La Cour suprême, tout en cassant l'arrêt d'Alger sur un autre moyen (quant au chiffre des restitutions à faire par le vendeur), l'a donc maintenu en ce qui touchait la résolution prononcée de la vente, condamnant ainsi, sans même la discuter, la doctrine manifestement erronée de M. Duranton.

5. — (Req. 8 mars 1852; *Dall.*, 52, 1, 73.) — La même Cour de cassation (chambre des requêtes) a décidé très-juridiquement aussi la question que soulevait l'espèce suivante.

C prétendait avoir vendu verbalement à B un immeuble que celui-ci niait avoir acheté, et il lui déféra le serment sur deux questions. B l'ayant prêté sur l'une, et refusé ou du moins éludé sur l'autre, le tribunal de première instance crut voir dans ses réponses la preuve de l'existence de la vente, et le condamna à en passer acte devant notaire, faute de quoi le jugement en tiendrait lieu. B ayant appelé de ce jugement, C mourut bientôt après, et l'instance fut continuée avec l'enfant mineur du défunt, au profit duquel la Cour de Poitiers rendit un arrêt confirmatif. Chose étrange, cet arrêt, qui donnait gain de cause au mineur C, ne plut pas à son tuteur, qui le frappa de pourvoi, en invoquant contre lui quatre moyens de cassation, tous plus mal fondés l'un que l'autre, et dont le plus grave (qui l'est encore fort peu) mérite seul quelques mots d'observation.

Ce moyen se tirait d'une prétendue violation des articles 457-459 C. Nap., en ce que la Cour de Poitiers avait ordonné que la vente de l'immeuble serait réalisée simplement par acte devant notaire, tandis que, s'agissant d'un bien de mineur, les formalités exigées par ces articles devaient être observées. C'était une grave erreur. L'arrêt d'appel ayant constaté l'existence d'une vente verbale du bien entre C et B, et l'écriture n'étant utile dans la vente que pour sa preuve et nullement pour sa perfection et sa pleine efficacité, c'était donc du jour de cette vente verbale que l'immeuble était devenu la propriété de l'acheteur B, et il n'avait jamais appartenu à l'enfant mineur de C, le père ayant cessé d'en être propriétaire avant son décès. L'acte à passer devant notaire n'était donc pas une aliénation d'un bien de mineur, ce n'était pas un acte d'aliénation actuelle; c'était la constatation tardive d'une aliénation accomplie depuis longtemps par le père du mineur, et par conséquent les formalités requises pour l'aliénation des biens de mineurs n'étaient nullement nécessaires.

On eût compris le système du pourvoi, si la convention verbale intervenue entre C et B n'avait été qu'une promesse de vente. Alors, en effet, le mineur C se serait trouvé, par le décès de son père, non pas en face d'une aliénation accomplie, mais seulement dans l'obligation d'aliéner; et il y eût eu dès lors quelque chose de spécieux à soutenir que la vente n'étant pas faite, mais à faire, et à faire pour un bien de mineur, c'était le cas d'exiger les formalités requises par le Code. Cette prétention, toutefois, n'aurait pas encore dû être accueillie; car les formalités dont il s'agit ne sont requises que pour l'aliénation volontaire, non pour une aliénation forcée et que le mineur est obligé de faire, comme ici, *sive velit sive nolit*. Comment voudrait-on que le conseil de famille d'abord, par une délibération *ad hoc*, puis le tribunal, sur les conclusions du ministère public, fussent appelés à rechercher, conformément aux articles 457 et 458, si les ressources insuffisantes du mineur le mettent dans la nécessité de vendre, ou si du moins la vente est pour lui d'un avantage évident, alors qu'il s'agit d'une vente qu'on est, absolument et en dehors de toute considération, dans l'*obligation* de

souscrire? Comment s'occuper de rechercher quel immeuble on devra vendre de préférence, alors que l'immeuble à vendre est déjà désigné par la convention? Comment vendrait-on, comme le veut l'article 459, aux enchères devant le tribunal, après affiches et avec admission d'étrangers, pour que la vente se fît au plus haut prix possible et au profit du plus offrant enchérisseur, en sorte que ni le prix ni l'acquéreur ne pourraient être connus d'avance? comment parler de vendre ainsi, alors que la convention obligatoire qu'il s'agit d'exécuter a désigné l'acheteur et fixé le prix?

Ainsi, dans le cas même d'une simple promesse de vente, l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 457-459 ne serait rien moins que possible; et l'aliénation, quoiqu'elle fût vraiment alors celle d'un bien de mineur, n'en devrait pas moins se faire sans ces formalités. Mais dans l'espèce soumise à la chambre des requêtes, le prétexte même n'existait pas, puisqu'il s'agissait, non pas d'aliéner un bien de mineur, mais seulement de rédiger la preuve de l'aliénation faite précédemment par un majeur.

6. — (Bordeaux, 26 mai 1849; *Dall.*, 52, 2, 37.) — Nous avons établi plus d'une fois dans cette *Revue*, comme nous l'avions déjà fait dans notre *Explication théorique et pratique du Code* (art. 1554), l'aliénabilité de la dot mobilière; nous avons prouvé que cette vérité avait été de tout temps reconnue par la jurisprudence de la Cour suprême, quoiqu'on ait si souvent dit et répété le contraire; nous avons vu que cette Cour avait seulement eu le tort, dans ses anciens arrêts, d'employer à cet égard une rédaction fort impropre, mais qu'au fond sa pensée n'était pas douteuse; et que quand elle a enfin déclaré très-explicitement, dans ses arrêts plus récents, et notamment dans trois arrêts de l'année dernière, que *le principe de l'inaliénabilité de la dot ne s'applique qu'aux seuls immeubles*, ce n'était nullement là de sa part un changement de jurisprudence; mais seulement l'expression exacte et plus franche d'une pensée sur laquelle elle n'avait jamais varié (*suprà*, t. I, p. 602; t. II, p. 206).

Nous n'avons pas à revenir de nouveau sur cette discussion;

et en signalant ici l'arrêt rendu en 1849 dans le même sens par la Cour d'appel de Bordeaux (arrêt d'autant plus important qu'il nous vient d'un pays où a toujours régné la plus grande affection pour la dotalité; et qu'il réforme un jugement prononçant l'inaliénabilité des créances dotales), nous nous serions contenté de renvoyer purement et simplement à nos passages précités, si un travail nouveau de M. Bellot des Minières, inséré par M. Dalloz dans l'annotation de cet arrêt de Bordeaux, et qui attaque vivement les doctrines professées par la Cour suprême, par M. Troplong et par nous; n'exigeait de notre part quelques mots de réponse.

Nous avions à plusieurs reprises et avec insistance sollicité de M. Dalloz, seul partisan que nous connussions (parmi les jurisconsultes écrivant aujourd'hui sur le Code) de la prétendue inaliénabilité des meubles dotaux, une réponse à nos arguments, et notre savant confrère s'était toujours contenté de se déclarer l'adversaire de notre doctrine; sans jamais indiquer les motifs de son opinion. Cette fois, du moins; si M. Dalloz ne nous répond pas lui-même; il nous donne une réponse de M. Bellot des Minières, réponse extraite d'un ouvrage en trois volumes que l'ancien avocat de Poitiers se propose de publier sur le régime dotal et la société d'acquêts, et qui compléterait les quatre volumes de son *Traité du contrat de mariage*. Nous avons été trop heureux d'avoir enfin la réponse que nous appelions depuis si longtemps, pour ne pas nous empresser de rechercher quelle en était la valeur. Or nous devons à la vérité de dire franchement que cette valeur nous a paru fort mince, et que notre honorable adversaire, loin de discuter la vraie question du débat solidement et d'une manière *nerveuse et serrée*, comme le trouve M. Dalloz, nous a paru la déserter complètement, malgré ses longues et trop longues explications.

M. Bellot des Minières n'aime pas les travaux de peu d'étendue; sept volumes ne lui paraissent pas trop pour l'explication du contrat de mariage (ce qui ferait, en suivant la même proportion, une centaine de volumes pour l'explication du Code entier), et il déclare franchement, dans le prospectus des trois nouveaux volumes qu'il annonce, que quand on ne donne pas

au régime dotal plus d'étendue que nous ne l'avons fait dans notre livre, il est impossible, même avec la concision de Tacite, de traiter convenablement cette matière. Or nous n'avons pas la prétention d'être un Tacite; et nous croyons pourtant avoir établi l'aliénabilité des biens dotaux mobiliers assez solidement pour que M. Bellot des Minières, malgré la longueur de sa discussion, n'ait trouvé rien à répondre à nos raisons. Nous croyons que la ligne droite, et dès lors la plus courte, est partout la meilleure; que plus les arguments sont pressés et condensés, plus ils sont saisissables et intelligibles, et que plus le travail d'un auteur est long et diffus, plus il s'expose à perdre de vue le véritable objet de la discussion, l'enchaînement des idées, et à faire prendre le change à ses lecteurs en le prenant lui-même avec la plus grande bonne foi du monde. Et n'est-ce pas ce qui est arrivé déjà à M. Bellot des Minières dans les quatre volumes qu'il a précédemment publiés? Demandez, par exemple, à M. Bellot quel est le caractère légal des biens de la femme dotale, lorsque aucun de ces biens n'a été constitué en dot : M. Bellot vous fera quatre réponses successives et différentes, ce qui sera sans doute plus long qu'une seule, mais aussi moins satisfaisant. Ainsi, M. Bellot vous expliquera d'abord que, dans ce cas, *tous les biens sont paraphernaux* (t. IV, p. 14). Plus loin il enseignera que ces biens sont, au contraire, *tous dotaux* (p. 16). Ailleurs, il vous dira que ce contrat étant alors en contradiction avec lui-même, c'est comme s'il n'existait pas, de sorte que les époux se trouvent mariés sous la communauté légale et que *les biens de la femme sont communs* (p. 451). Plus loin enfin, il abandonnera encore cette troisième idée pour établir de nouveau, dans une discussion de plus de quatre pages (p. 452-456), que tous les biens de la femme *sont alors dotaux!* Or si c'est là un excellent procédé pour faire de longs livres, nous ne pensons pas que ce soit le moyen de les faire meilleurs.

Les discussions les plus longues ne sont donc pas toujours les plus solides, notamment chez M. Bellot des Minières, et on va voir, en effet, qu'au lieu de répondre à nos arguments, fort simples assurément, M. Bellot s'est longuement placé à côté.

La dot mobilière est-elle ou n'est-elle pas inaliénable? Telle est

la question. Nous l'avons résolue négativement, comme M. Troplong, comme toute l'école, comme la jurisprudence constante de la Cour suprême; et les raisons que nous en avons trouvées dans les textes mêmes (sans rappeler ici les autres) sont au nombre de quatre : 1° A Rome, l'inaliénabilité n'a jamais frappé, à aucune époque, que l'immeuble dotal : *dotale* PRÆDIUM, a dit d'abord la loi Julia; *dotale* PRÆDIUM, disait Caïus; *dotale* PRÆDIUM, a dit en dernier lieu Justinien, en ajoutant qu'il a étendu la règle *des immeubles* de l'Italie *aux immeubles* des provinces. — 2° Les commentateurs ont tous expliqué qu'il ne s'agit que des *immeubles*, des *fonds* dotaux, des choses *du sol*, et que les meubles sont au contraire aliénables : *in rebus tantùm* SOLI *locum habere*, *mobiles verò res* ALIENARI POSSE. — 3° Le Code consacre nettement les mêmes idées : l'article 1554 déclare inaliénables, quoi? *les immeubles* constitués en dot; puis les articles 1557 à 1560, en réglant les exceptions ou les conséquences du principe, ne parlent également que de l'*immeuble* dotal ou du *fonds* dotal. — 4° La rubrique même de la section déclare n'édicter l'inaliénabilité que pour *le fonds dotal*, et sa restriction est d'autant plus significative qu'elle s'occupe, sous d'autres rapports, de tous *les biens dotaux* en général. Or, à ces raisons (auxquelles nous en ajoutions d'autres, comme on peut le voir plus haut, t. I, p. 603-604, et t. II, p. 207-208), sait-on ce que répond M. Bellot? Il répond que la rubrique et quelques articles parlent de *fonds* dotal, et qu'un fonds peut aussi bien s'entendre d'une chose mobilière que d'un immeuble! Mais, en vérité, M. Bellot a-t-il pu croire un instant qu'une pareille échappatoire serait prise par quelqu'un pour une réponse sérieuse? a-t-il pu penser que ceux qui ont quelque peu l'habitude du langage du Code, y prendraient le mot *fonds* comme signifiant un meuble, une créance? Et puis, que faites-vous du contraste entre *le fonds dotal* et *les biens dotaux* dont la loi se préoccupe et traite séparément? Et le *dotale* PRÆDIUM, est-ce aussi une chose mobilière? Et les *res* SOLI, qui seules sont inaliénables (tandis que *res mobiles alienari possunt*), sont-ce aussi des meubles? Et l'article 1554, le seul qui édicte l'inaliénabilité, est-ce qu'il ne la restreint pas aux *immeubles constitués en dot*? Est-ce que le mot *im-*

meubles, comme le mot *fonds*, aurait, dans le système de M. Bellot, la vertu magique de signifier *biens immobiliers* ou MOBILIERS ?... Et puis enfin, qui ne comprend, qui ne sent que la démonstration se trouve ici, non pas seulement dans tel ou tel de ces différents textes pris individuellement, mais surtout dans cet ensemble imposant, dans cette masse compacte et homogène de textes nombreux et successifs se confirmant l'un l'autre, depuis la loi Julia jusqu'à notre Code ; et comment M. Bellot n'a-t-il pas vu que venir timidement s'attaquer à un soldat isolé de l'armée, sans oser s'approcher du corps de bataille, c'était s'avouer vaincu ?

Nous avions dit aussi aux rares partisans de l'inaliénabilité de la dot mobilière : « Montrez-nous donc le texte de loi qui déclare cette dot inaliénable ! » Ici encore M. Bellot ne reste pas sans réponse ; mais ici sa réponse n'en est pas une. « On demande, dit-il, quel est l'article qui déclare cette dot inaliénable ; *mais quel est donc celui qui la déclare aliénable ?...* » En vérité, la question est curieuse, et elle nous eût grandement surpris, si elle ne venait de l'auteur que nous avons vu plus haut donner imperturbablement à un même point de doctrine quatre solutions contradictoires entre elles..... M. Bellot oublie donc que l'aliénabilité des biens et leur libre circulation est le droit commun, l'inaliénabilité l'exception, et que tout ce dont la loi ne proscrit pas l'aliénation peut dès lors être aliéné !

Quant à la partie de sa discussion qu'il développe le plus longuement, nous n'avons pas à y répondre ; car nous y sommes d'accord avec notre honorable adversaire. M. Bellot, en effet, y établit disertement que le mari n'est pas le propriétaire de la dot, laquelle appartient à la femme aussi bien pour les meubles que pour les immeubles. Or rien n'est plus vrai, et il n'y avait pas lieu de prendre tant de peine à établir un point que personne ne songe à contester. Oui, c'est à la femme qu'appartient la dot mobilière ; mais il ne s'ensuit en aucune façon que cette dot soit inaliénable ; oui, la dot mobilière appartient exclusivement à la femme, et tout ce qui suit de là, c'est que l'aliénation que le mari en faisait à Rome comme *dominus dotis*, il ne la fait plus aujourd'hui que comme *procurator*. Mais tout ceci ne touche en

rien, ni de près ni de loin, à la question d'inaliénabilité; et quand même on accorderait à M. Bellot (ce qu'on ne peut pas même lui accorder) que les meubles ne peuvent pas être aliénés par le mari, il s'ensuivrait seulement qu'ils ne peuvent l'être que par la femme autorisée du mari, et non pas du tout qu'ils soient inaliénables.

Ainsi donc, et en laissant ici de côté les dissidences qui existent entre la Cour suprême et nous sur des points secondaires, dissidences pour la discussion desquelles le principe fondamental de l'aliénabilité de la dot mobilière sera précisément notre point de départ, nous constatons de nouveau avec la Cour de Bordeaux, avec tous les auteurs récents, avec les arrêts désormais explicites des deux chambres de la Cour de cassation, et en écartant les nuages que M. Bellot essaye en vain de jeter sur cette vérité, *que le principe de l'inaliénabilité*, comme le déclare nettement l'arrêt de rejet du 18 décembre 1851, *ne s'applique qu'aux seuls immeubles, et que son extension aux meubles ne saurait se concilier avec les dispositions du Code.*

7. — (Cass. 8 déc. 1851; *Devill.*, 52, 1, 215.) — Nous avons jusqu'ici approuvé sans réserve les différentes décisions que nous avons passées en revue; mais les recueils nous en présentent aussi quelques-unes auxquelles il nous est impossible de donner notre assentiment, et nous en signalerons notamment trois, émanées toutes trois de la Cour suprême.

Et d'abord, un arrêt de la chambre civile, portant cassation d'un arrêt de Rennes, décide que l'amnistie accordée à des condamnés morts civilement rétablit de plein droit, et sans aucun besoin d'une célébration nouvelle, le mariage que la mort civile avait dissous. Or, malgré le profond désir que nous aurions d'embrasser cette doctrine, plus humaine et plus morale que celle qui déclare les deux anciens époux étrangers l'un à l'autre, nonobstant la rentrée du condamné dans la vie civile, et jusqu'à célébration nouvelle du mariage, cela nous est impossible; elle est manifestement contraire aux dispositions des articles 25, 30 et 227 du Code Napoléon; et si pénible que soit le résultat de ces dispositions, si désirable que soit l'abrogation de cette hideuse institution de la mort civile (abrogation demandée depuis

si longtemps, depuis si longtemps reconnue nécessaire, mais toujours ajournée, comme la plupart des réformes utiles), le devoir du jurisconsulte, comme celui du magistrat, n'en est pas moins d'interpréter et d'appliquer la loi telle qu'elle est : *dura lex, sed lex.*

L'article 25 et l'article 227 déclarent le mariage dissous par la mort civile comme il le serait par la mort naturelle, comme il l'était par le divorce avant 1816, et avec faculté pour le conjoint de contracter ailleurs une nouvelle union. C'est donc bien d'une dissolution pleine, entière, radicale et irrévocable qu'il s'agit. Or l'article 30, à son tour, déclare que, même dans le cas où pendant le délai de grâce le condamné par contumace, se faisant juger de nouveau, obtiendrait *un acquittement*, la rentrée dans la vie civile n'aura lieu que pour l'avenir et sans effet rétroactif, de telle sorte que c'est là, légalement parlant, une *résurrection* qui s'opère; l'individu qui se retrouve ainsi vivant, n'en a pas moins été mort pendant tant de mois ou tant d'années, et continuera toujours, quoi qu'il fasse, d'avoir été mort : son mariage dès lors reste dissous, comme resterait dissous celui d'un individu mort naturellement qui viendrait à ressusciter : la résurrection légale ne peut pas produire d'autres effets que ceux qui seraient produits par la résurrection naturelle, et le seul moyen dès lors pour les deux anciens époux de renouer la vie commune, c'est la célébration d'un mariage nouveau. Si bizarre et si dure que soit une pareille conséquence, elle est celle des articles 25, 227 et 30, et pas un seul auteur, parmi ceux-là mêmes qui ont protesté le plus énergiquement contre la mort civile (et nous sommes du nombre), n'a osé le nier.

Or s'il en est ainsi même en cas d'acquittement, c'est-à-dire quand le condamné est proclamé innocent et reconnu victime d'une erreur, comment en serait-il autrement au simple cas d'amnistie, au cas de pardon accordé au coupable ?

Nous n'hésitons donc pas à dire que la Cour d'appel de Rennes avait bien jugé en décidant que les deux époux étaient restés étrangers l'un à l'autre tant qu'une célébration nouvelle n'était pas intervenue, et que, quand la Cour suprême a cassé son arrêt pour prétendue violation de la loi, c'est elle-même, au contraire,

qui a violé les articles 25, 30 et 227, très-juridiquement appliqués par la Cour d'appel.

8. — (REQ. 7 JANV. 1852; *Dall.*, 52, 1, 75.) — Nous n'hésitons pas davantage à déclarer inexact, quoiqu'il soit conforme à une jurisprudence constante, ainsi qu'à la doctrine de tous les auteurs qui ont écrit avant nous sur le Code, l'arrêt par lequel la chambre des requêtes décide que la reconnaissance d'un enfant naturel par son père établit aussi la filiation de cet enfant vis-à-vis de la mère, lorsque l'acte contient l'indication de celle-ci, et que la femme a ensuite traité l'enfant comme sien.

L'article 336 C. Nap. déclare que la reconnaissance du père, faite sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. Or il résulte bien de là que, si la reconnaissance du père était faite *avec l'indication et l'aveu de la mère*, l'acte aurait effet contre celle-ci, et il y aurait simultanément reconnaissance des deux parents. Mais évidemment, pour qu'on puisse dire que l'acte est fait avec l'indication *et l'aveu* de la mère, qu'il contient cette indication *et cet aveu*, il faut toute autre chose que des soins et des traitements donnés à l'enfant par la femme, et surtout donnés plus ou moins longtemps après l'acte. Comment! parce que la mère a élevé son enfant, qu'elle l'a toujours présenté comme sien, qu'elle lui a donné son nom, qu'elle l'a établi, qu'elle lui a procuré, en un mot, ce qu'on appelle la possession d'état, vous venez dire qu'au moyen de tout ceci l'acte de reconnaissance du père *contient l'aveu de la mère!* Sans doute tous ces faits sont un aveu de maternité; mais cet aveu de maternité n'est pas dans l'acte : ces circonstances, postérieures à l'acte, ne font pas que l'acte ait été rédigé avec indication *et aveu* de la mère, qu'il contienne cette indication *et cet aveu!* Cet aveu que le Code exige comme preuve légale de la filiation, et tous ces faits de possession d'état sont deux choses tellement différentes et si bien indépendantes l'une de l'autre, qu'il se peut que la seconde existe de la manière la plus éclatante alors qu'il n'y a pas même l'ombre de la première. Ainsi, que la mère, de son côté, ait donné à son enfant la possession d'état la plus complète, la plus large et la plus constante qui se puisse imaginer, et que, d'autre part, le père, dans un acte de reconnais-

sance passé devant un notaire, fort loin de la mère *et à l'insu de celle-ci*, l'ait indiquée comme mère, on devra, dans le système de la jurisprudence, qui voit dans la jouissance de la possession d'état procurée à l'enfant par la mère l'aveu requis par l'article 336, dire que cet aveu existe ici au plus haut chef; or ce sera tout simplement absurde : la loi, en effet, demande une reconnaissance faite avec l'indication *et l'aveu* de la mère, et on n'a ici qu'une reconnaissance faite à l'insu de la mère, et dont elle ignore complétement l'existence!

Le seul texte de l'article suffirait donc pour prouver qu'il ne s'agit ici que de la reconnaissance que le père fait pour la mère en même temps que pour lui, et en vertu d'une mission à lui donnée par cette mère, d'une reconnaissance dans laquelle le père agit comme fondé de pouvoirs de la mère, et pour laquelle dès lors il lui faut être muni d'une procuration de la femme. Mais ce que révèle ainsi le texte se trouve clairement démontré, d'ailleurs, et par l'ensemble des dispositions du Code sur la matière et par les travaux préparatoires. — Par l'ensemble du Code; car il n'existe pour la mère que deux modes de constatation légale de la filiation naturelle : 1° une reconnaissance volontaire et personnelle par acte authentique (par l'auteur lui-même ou son fondé de pouvoir); 2° une recherche judiciaire de maternité. Or, ici, aucune déclaration judiciaire n'est intervenue, et il n'y a pas eu, d'autre part, reconnaissance volontaire et par acte authentique de la mère. — Par les travaux préparatoires; car il résulte de la manière la plus positive, soit des discussions de l'article 336 devant le Conseil d'État, soit des observations du Tribunat, soit de l'exposé des motifs devant le Corps législatif, que cet article signifie tout simplement que « la reconnaissance d'un » enfant naturel n'a d'effet que vis-à-vis de celui qui l'a reconnu, » et qu'il a seulement eu pour but de décider « que celui qui se » reconnaîtrait pour père ne pourrait point donner de droits » contre la femme qu'il indiquerait. » (Fenet, t. X, p. 72, 80 et suiv., 111, 115, 157.)

Qui ne voit d'ailleurs que, d'après le système de la jurisprudence franchement expliqué, ce n'est pas dans l'indication donnée de la femme par le père que se puise la preuve de la mater-

nité, mais dans la possession d'état conférée à l'enfant par la mère? Or on sait qu'il résulte des principes les plus certains, et qu'il est positivement reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation, que la possession d'état n'est point admise comme preuve légale de la filiation naturelle!

Notre doctrine, au surplus, pour le développement de laquelle on peut se reporter à notre commentaire de l'article 336, est partagée par les deux auteurs qui ont écrit depuis nous sur cette question : M. Valette (sur Proudhon, t. II, p. 142) et M. Demolombe (t. V, n° 383).

9. — (Req. 2 févr. 1852; *Devill.*, 52, 1, 178.) — Ce n'est que pour mémoire que nous signalons ici l'arrêt par lequel la chambre des requêtes, se trouvant en présence d'un pourvoi qui, pour la première fois, soumettait à la Cour suprême la grave question de savoir si l'adoption produit, comme la survenance d'un enfant légitime, la révocation des donations antérieurement faites par l'adoptant, a refusé à ce pourvoi l'honneur d'une discussion devant la chambre civile, et décidé, comme point non douteux et ne méritant pas même un examen plus approfondi, que l'arrivée de l'enfant adoptif ne saurait ici produire l'effet d'une naissance d'enfant légitime.

Nous avons plusieurs fois déjà critiqué cette décision, conforme à celle de la Cour de Rouen, soit dans une consultation délibérée à l'appui du pourvoi, et dont les trois recueils d'arrêts nous ont fait l'honneur de reproduire une grande partie, soit dans deux articles postérieurs à l'arrêt des requêtes, et publiés, l'un par le *Journal du Palais* (1852, 1, 353), l'autre dans cette *Revue* (*sup.*, p. 275). Nous n'avons donc qu'à renvoyer à ces articles, en consignant toutefois ici une remarque relative à une observation que fait l'arrêtiste en rapportant l'arrêt. M. Devilleneuve (p. 178, note), en reproduisant les conclusions données en appel par M. l'avocat général Blanche, les présente comme *résumant les arguments des deux systèmes contraires*. Or cette idée n'est pas exacte. M. le premier avocat général de Rouen n'a ni résumé ni discuté nos arguments, par la raison bien simple qu'ils ne s'étaient pas encore produits, et qu'ils ont été formulés pour la première fois dans la consultation que nous avons rédigée posté-

rieurement à l'arrêt de Rouen. C'est ainsi, par exemple, que l'honorable magistrat n'a nullement parlé de cette idée capitale, et qui forme comme la base de la discussion, que le législateur ayant ici procédé *et dû procéder* (pour trois raisons que nous indiquons) non par affirmation, mais par négation, non par indication des effets que l'adoption produira, mais par retranchement de ceux qu'elle ne produira pas, elle produit dès lors, en dehors de tout texte écrit *ad hoc*, ceux des effets naturels et traditionnels de l'institution qu'une disposition négative n'en a pas retranchés (V. *suprà*, p. 284-288, n°s 11-14). C'est ainsi encore que M. Blanche prend pour chose principale, et qui forme à ses yeux la plus solide base de son argumentation, ce mot de l'article 960, *ce mot* qui à lui seul *juge la question*, dit-il, SURVENANCE *d'enfant*. Or nous avons fait voir, précisément pour répondre au faux système auquel cette idée se rattachait, que non-seulement ce mot ne juge nullement la question, mais qu'il ne touche pas même à la question; et pour rendre ce fait sensible, nous avons ajouté sur ce point à notre raisonnement général cette observation particulière : l'article 1098 ne s'occupe pas plus de l'enfant adoptif que l'article 960; il ne porte sa disposition que pour le cas d'enfant D'UN AUTRE LIT, comme l'autre ne porte la sienne que pour le cas de SURVENANCE D'ENFANT; or les mots *enfant d'un autre lit* ne s'appliquent certes pas plus à l'enfant adoptif que les mots *survenance d'enfant*. Eh bien! cela empêche-t-il que le bénéfice de cet article 1098 appartienne aussi à l'enfant adoptif, et cette vérité, après avoir été niée par tous les auteurs pendant de longues années, n'est-elle pas aujourd'hui reconnue par tout le monde?

Voilà ce que nous avons dit, entre autres choses, pour répondre à notre compatriote M. Blanche; et bien loin, dès lors, que les observations de l'honorable magistrat aient pu discuter et résumer nos arguments, c'est nous au contraire, parce que nous avions l'avantage de venir après lui, qui avons discuté, et nous croyons pouvoir dire réfuté les siens, ainsi que ceux que développent les motifs de l'arrêt des requêtes. On en jugera, du reste, en se reportant à notre article de la page 275.

V. MARCADÉ.

DE L'OBLIGATION

Du légataire universel aux dettes de la succession, lorsqu'il concourt avec des héritiers à réserve.

Par M. Félix BERRIAT-SAINT-PRIX,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Les lecteurs de la *Revue* ont déjà été entretenus plusieurs fois de l'arrêt de cassation qui déclare le légataire universel, saisi ou non saisi, obligé aux dettes héréditaires au delà de son émolument [1]. Ils me pardonneront, néanmoins, de ramener encore leur attention sur ce sujet. Je voudrais fortifier ma première critique par quelques réflexions supplémentaires, que l'apologie de l'arrêt par le premier avocat général de la Cour suprême, me paraît rendre indispensables. Toute discussion consciencieuse tourne au profit de la vérité. D'ailleurs, une Cour d'appel a déjà suivi l'impulsion venue d'en haut.

Il convient peut-être de faire ressortir l'intérêt de la question.

En effet, les uns avouent que si le légataire accepte sous bénéfice d'inventaire, il est seulement tenu jusqu'à concurrence de l'actif; et, parmi ceux qui le dispensent de toute déclaration au greffe, beaucoup reconnaissent que, s'il n'a pas inventorié les meubles, il ne sera pas admis à prétendre que l'actif est insuffisant pour le payement des dettes. Mais d'abord on peut soutenir, avec Ricard [2], que le seul résultat du défaut d'inventaire serait d'autoriser les créanciers à prouver la consistance du mobilier par toute sorte de moyens, fût-ce par commune renommée. Ensuite, lors même que l'on voudrait concentrer la discussion sur les successeurs qui ont fait inventaire, n'arrivera-t-il pas souvent que la déclaration au greffe aura été omise, non-seulement par imprudence, ou par l'ennui de faire, avec cortége d'avoué, une

[1] Arrêt du 13 août 1851. *V.* plus haut, p. 167, 197 et 344.

[2] *Des donations*, IIIe part., nos 1517 à 1520. Il cite, dans ce sens, un arrêt du parlement d'Aix, du 15 janvier 1582. *V.* articles 1415, 1442, 1504. — *V.* aussi *Répert.* de Merlin, mot *Légataire*, § 7, n° 14; M. Marcadé, sur l'article 793.

démarche qui affiche des soupçons sur la solvabilité du défunt ; mais encore (et cette hypothèse, qui est la plus favorable, ne sera pas la moins fréquente), par suite de l'ignorance où se trouvera le légataire de la véritable situation pécuniaire du testateur? La liquidation d'un patrimoine est chose difficile. Toutes les valeurs ne sont pas officiellement cotées; une baisse occulte expose les successeurs à se repentir d'une acceptation trop prompte. L'exacte appréciation de l'actif dépend de la solvabilité des débiteurs, de la solidité des hypothèques, de la vérification des nues propriétés des tiers, déguisées par une réserve d'usufruit. L'appréciation du passif engendrera bien plus de mécomptes encore. Le défunt, surtout s'il n'est pas commerçant, n'aura pas toujours dressé la liste complète de ses obligations; les titres seront restés entre les mains des créanciers; les dettes litigieuses n'auront pas laissé de traces. Grâce aux causes assez nombreuses par lesquelles la prescription est suspendue, une dette considérable surgira inopinément et viendra troubler le successeur dans une jouissance qu'il croyait depuis longtemps définitive [1]. — La loi concède, il est vrai, le droit de délibérer, mais seulement au successeur qui ne s'est pas immiscé; or, les jurisconsultes eux-mêmes ne sont pas d'accord sur les actes qui emportent acceptation tacite. Un premier mouvement, fort honorable d'ailleurs, pousse l'héritier présomptif à payer sans retard des créanciers ou des légataires dont la position semble digne d'intérêt; et, si j'en crois mon expérience personnelle, les notaires auxquels est confié le dépôt du testament s'empressent trop d'ouvrir un procès-verbal de délivrance et d'acquitter les legs particuliers dont est grevé le successeur universel.

Il importe donc, plus qu'on ne croit, de décider qu'un légataire n'a pas besoin de déclaration au greffe, pour être quitte envers les créanciers par l'abandon de son émolument.

J'avais établi, dans ma première dissertation (p. 169 à 171) : 1° que le legs suppose l'intention de faire une libéralité, comme l'acceptation suppose le désir de réaliser un bénéfice ; 2° que la

[1] « Il arrive souvent, dit Ricard (n° 1515), que les dettes ne sont pas liquides, » et qu'il survient des créanciers trente, quarante et cinquante ans après la mort » du défunt, qui étaient inconnus au jour que la succession est échue. »

volonté formelle de grever le bénéficiaire au delà de la valeur léguée doit rester inefficace ; 3° que les acquéreurs à titre universel ne sont, en principe général, tenus des dettes de leur auteur que par voie de soustraction (DEDUCTO *ære alieno*). Je persiste dans ces trois propositions, dont la dernière est indirectement confirmée par Ricard et Lebrun [1]. Elles me paraissent fondamentales dans une matière qui n'est pas abandonnée, comme la confection des testaments, au caprice législatif. Il me suffit de les énoncer de nouveau, puisqu'elles sont restées sans objection, peut-être parce qu'on y a vu de simples *difficultés de détail* [2].

M. Nicias-Gaillard concentre tout d'abord la discussion dans le texte du Code ; il répudie les traditions coutumières, trop opposées à son système. Ce procédé d'interprétation serait plus satisfaisant si les notions de l'hérédité et du legs étaient entièrement neuves ; mais loin de là, elles nous viennent directement du droit romain par l'intermédiaire des coutumes et de la jurisprudence méridionale. Toutefois M. Nicias-Gaillard se ravise ensuite et appelle à son secours des lois romaines dans lesquelles nos législateurs modernes auraient été reprendre une théorie mal à propos délaissée par Ricard, Lebrun, Pothier et bien d'autres, sous l'empire des coutumes. J'ai plus d'une fois [3] décliné la compétence des conseillers de nos Cours supérieures à juger des épreuves de droit romain ; aussi vois-je avec plaisir des magistrats répudier un préjugé trop commun au palais et ne point sacrifier, dans l'invocation des sources, les lois romaines à l'ancien droit français qui leur doit bien quelque chose. Malheureusement les citations de ce genre ont leur péril : elles exposent à sous-entendre, dans les écrits des jurisconsultes romains, par une rétroactivité involontaire, des idées purement françaises ; ou à se jeter dans un dédale d'antiquités, d'où l'on ne se tire

[1] Ricard, n°s 1508 et 1511 : Les légataires sont tenus des dettes « par la voie de » la *diminution* et du *retranchement*, qui ne se peut faire qu'à proportion de » l'émolument qu'ils reçoivent ; » — « par une espèce de *rétention* et de *déduc-* » *tion*, » dit Lebrun (*Success.*, IV, ij, 1, n° 3).

[2] *V.* p. 355. On me renvoie, pour chercher une réponse à la première, au *Répert.* de Merlin, *sup.*, n° 13. J'y trouve seulement une pétition de principe, savoir que l'institution d'héritier est bien aussi une libéralité, et que pourtant elle oblige *ultra vires*. Le rédacteur conclut, du reste, dans le sens de Ricard.

[3] *Droit constit. fr.*, n° 592 ; *Conseils génér. pour l'étude du droit*, p. xj.

pas toujours aisément. Voyons comment notre savant adversaire a tourné ce double écueil.

L'héritier testamentaire, à Rome, représente ou continue la personne du défunt aussi radicalement que l'héritier *ab intestat*. Il préside au culte des dieux domestiques [1]; il est créancier des débiteurs et débiteur des créanciers. L'obligation, une fois établie dans sa personne, y demeure aussi invariablement fixée que dans la personne de l'obligé primitif : *semel heres*, *semper heres*. Il peut, comme lui, abdiquer les créances, mais non se libérer des dettes; et il ne saurait transmettre les unes et les autres à un tiers sans une novation régulière [2]. Les créanciers conservent donc leurs actions contre lui, même après qu'il a donné ou vendu les biens héréditaires; bien plus, après qu'il les a remis à un tiers, en exécution d'un legs partiaire ou d'un fidéicommis universel, dont le défunt l'a grevé [3].

Cette représentation de la personne est complète : elle ne se divise point entre un héritier testamentaire et un héritier légitime. A plus forte raison ne se communique-t-elle pas à de simples légataires; ils ne sont point *juris successores*. De même que le légataire d'une créance ne peut agir contre le débiteur du défunt, si l'héritier ne lui en donne pas le mandat; de même les créanciers de l'hérédité ne peuvent actionner les légataires [4], pas plus que les débiteurs de leur débiteur défunt [5]. Les légataires d'une quote-part n'obtiendront pas la remise de leur legs sans promettre à l'héritier de le rembourser ou de le défendre contre les poursuites; mais ils ne seront tenus que par suite de la stipulation et envers l'héritier seulement.

M. Nicias-Gaillard cite un texte en vertu duquel l'héritier qui s'immisce, s'oblige comme s'il contractait; il ne reste plus qu'à découvrir un fragment où on lise : « *qui legatum agnovit, contrahere videtur*. » — M. Nicias-Gaillard croit, ou plutôt conjecture que

[1] Voluerunt veteres... ut essent qui SACRA facerent, quorum illis temporibus *summa observatio* fuit... (Gaius, *Inst.*, II, 55.)

[2] Gaius, II, 35, 38; III, 85.

[3] Gaius, II, 252, 254, 257. Il a fallu le S.-C. Trébellien pour modifier ce résultat, en ce qui touche les fidéicommis seulement.

[4] Creditores hereditarios, adversus legatarios *non habere* PERSONALEM *actionem* convenit... (Dioclet., l. 7, Cod., *De hereditariis actionibus.*)

[5] Dioclet., l. 3, Cod., *eodem*. Comp. C. civ., art. 1166.

la loi 128, § 1, *De regulis juris*, comprend les légataires parmi ceux *qui in universum jus succedunt*, bien que, d'après les Institutes, ils ne soient pas *juris successores*. Le patronage de Dantoine, de Leprêtre, de Brodeau, joint à celui de Merlin et de Toullier, justifie à ses yeux cette supposition. Je comprends que des jurisconsultes plus ou moins modernes, voyant, de leurs jours, les légataires exercer les actions héréditaires ou y défendre, proclament ce résultat sous la forme d'une maxime générale[1]. Mais si l'on veut faire rétroagir cette maxime jusqu'au IIIe siècle et la mettre sur le compte d'Ulpien ou de Paul, on commet un anachronisme juridique, s'appelât-on Toullier ou Merlin. On cite, il est vrai, de grands interprètes du droit romain, Cujas, J. Godefroy, Pothier[2]; on me somme de reconnaître avec eux qu'il est plus de deux successeurs assimilés à l'héritier. Eh oui! sans doute, il y en a d'autres. Qu'on relise ce que j'ai dit (p. 171), on verra que, loin d'avoir la prétention d'énumérer tous les acquéreurs qui sont *heredis loco*, j'ai précisément évité de produire une liste qu'il est peut-être impossible à des modernes de rendre rigoureusement complète. Fallait-il donc parler du *bonorum emptor* qui acquiert l'actif brut d'un insolvable en promettant un dividende aux créanciers, c'est-à-dire en s'obligeant à payer une fraction des dettes[3]? Fallait-il mentionner l'*adrogator*, le *coemptionator* et le maître de l'esclave avec lequel une femme libre vit *in contubernio*? Celui auquel l'héritier *ab intestat* cède l'hérédité *in jure* avant d'avoir fait adition, n'est pas seulement *heredis loco*, il devient héritier véritable[4]. Il en est de même du père et du maître d'un héritier institué; ce qui s'applique à l'*adrogator* qui adopte un héritier, ou au mari qui acquiert la *manus* sur sa femme déjà héritière[5]. Quant au surplus des dettes de l'adrogé

[1] *V.* Loysel, liv. II, tit. 4, règle 9.

[2] M. Nicias-Gaillard n'a pas vu qu'en prêtant à Pothier une arrière-pensée relative aux légataires, il le mettait en flagrante contradiction avec lui-même. (Comp. p. 363, note, et p. 351; *V.* Pothier, Pand., *De obligat.*, n° 54.)—Ricard (n° 1514) repousse formellement l'extension qu'on veut donner à la loi 128. Il en est de même du premier auteur de l'article *Légataire*, dans le *Rép.* de Merlin.

[3] *Ficto se herede agit*, dit Gaius (IV, 35). Cujas n'a pu lire ce texte, mais il connaissait le *bonorum emptor* par la paraphrase de Théophile. (Instit., *De successionibus sublatis.*)

[4] Gaius, *Instit.*, II, 35; III, 85.

[5] Gaius, *Instit.*, III, 84.

et de la femme, l'adoptant et le mari n'en sont pas tenus *ipso jure;* les créanciers peuvent seulement, à l'aide d'une action prétorienne rescisoire, obtenir la vente des biens qui constituaient leur gage. Pareillement quand une masse de biens insolvable est dévolue au fisc, la vente a lieu au profit des créanciers[1]. L'adjudicataire des biens, pour le maintien des affranchissements, paye toutes les dettes, mais par suite d'une promesse spéciale : *de solido cavet*[2].

Je m'empresse de clore cette nomenclature : je ne veux pas qu'on m'accuse de ressusciter, dans une revue de jurisprudence, la défunte *Thémis*, morte, il y a vingt ans, d'un excès de romanisme. Un point demeure constant pour moi : c'est que les règles du droit romain sur les legs ne donnent pas d'action aux créanciers contre les légataires, même *intra vires*.

Passons au droit français ancien.

Ici, bien que le fond des idées reste le même, un changement important s'opère. La transmission des actions est devenue plus facile, et Dumoulin enseigne que la subrogation doit être accordée même au coobligé qui ne l'a pas requise[3]. Aussi la jurisprudence accorde-t-elle aux créanciers le droit d'agir directement contre les donataires et légataires universels, sans demander à l'héritier une cession bien superflue. Ce changement, consacré par plusieurs arrêts du XVIe siècle, entre autres par un arrêt réglementaire en robes rouges, du 14 mai 1562, connu sous le nom d'arrêt des Boulards, passa dans la nouvelle rédaction des coutumes[4], nonobstant une opposition dont on trouve des traces dans divers auteurs. D'Argentré se récrie contre les subtilités aussi niaises que dangereuses (*subtiles nugæ... noxia acumina*) de ceux qui veulent maintenir un circuit d'actions inutiles[5]. Coquille nous apprend qu'en Nivernais, où il proposa le premier l'action directe, on trouvait paradoxal et étrange qu'un autre que l'héritier fût tenu aux dettes[6]. Dumoulin lui-même, dans

[1] Callistr. contre Labéon, l. 1, § 1, Dig., *De jure fisci;* l. 11, *eod.*
[2] Inst. Just., § 2, *De eo cui libertatis causa bona addicuntur.*
[3] *V.* Pothier, *Obligations*, n° 280.
[4] Paris, 334; Orléans, 360.
[5] Cout. de Bretagne, art. 219, glose 7, n°s 17 et suiv.
[6] Cout. de Nivernais, *Des testaments*, art. 1.

une note sur l'article 90 de la coutume d'Amiens, se refuse à étendre cet article au legs, *quia est titulus particularis*. Plus tard, Lebrun proteste en faveur de ce qu'il appelle « les plus pures maximes. » Néanmoins, l'évidente utilité de la doctrine nouvelle la fait triompher, et l'action *directe* dispense désormais des circuits et des détours [1] dont les jurisconsultes romains n'étaient pas eux-mêmes partisans fanatiques (*V.* p. 172). Mais l'action directe ne saurait avoir plus d'étendue que n'en aurait le recours exercé par le représentant du débiteur originaire. Que le légataire ait à répondre aux créanciers ou à l'héritier, c'est simplement en qualité d'acquéreur d'une masse de biens, et parce que son droit, au lieu d'absorber l'actif *brut*, doit se restreindre à l'actif *net*. Pothier, Ricard et Lebrun ont grand soin de l'expliquer (*V.* p. 351).

Nous arrivons au Code civil.

La transmission romaine des obligations du défunt à ses héritiers est écrite dans les articles 873 et 1220 : ils sont *tenus*, dit énergiquement ce dernier article, *comme* REPRÉSENTANT *le débiteur*. L'article 873 leur assure, d'ailleurs, un recours contre les légataires universels. Mais la loi ne se borne pas là : elle consacre au profit des créanciers l'action directe coutumière et déclare les légataires universels ou à titre universel *tenus* des dettes de la succession (art. 1009 et 1012), en ajoutant, selon son usage, que l'hypothèque produira contre les légataires détenteurs d'immeubles son effet ordinaire, tandis que l'action personnelle, ou *non hypothécaire*, se restreint à leur quote-part.

Les articles 1009 et 1012, en réglant l'*obligation* aux dettes ou l'action directe, ne prévoient pas le cas d'insolvabilité ; mais l'article 871 qui règle la *contribution* et, par conséquent, l'étendue de l'action récursoire, la limite à l'*émolument* du légataire. Cette décision, prise à contre-sens par la Cour suprême et par son savant apologiste, mérite une explication moins succincte que celle des commentateurs qui s'en sont occupés [2]. L'ex-

[1] *Recta* convenirl posse, *vitato circuitu inutili... omisso anfractu*... (D'Arg., *sup.*) — *Celeritate conjungendarum actionum*, dit Pothier, empruntant une expression romaine.

[2] M. Demante; après lui, M. Marcadé. Dans mes *Notes sur le Code civil*, ouvrage surtout théorique, j'ai dû indiquer les deux sens possibles du texte.

pression «au prorata» (*pro rata portione*) désigne une proportion; or, il est possible de diviser le passif en parts proportionnelles aux parts de l'actif, même quand la succession est insolvable; M. Nicias-Gaillard le fait observer avec raison. Mais son attention aurait dû se porter sur le mot ÉMOLUMENT, qui signifie gain, bénéfice, *profit* [1]. Si le légataire n'est tenu qu'à proportion de son bénéfice, et que ce bénéfice soit nul, il n'est tenu qu'à proportion de rien, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu du tout. Les jurisconsultes qui hésiteraient à accepter ce résultat écriront en chiffres ou en lettres la formule mathématique; ils verront que l'inconnue qui représente la part du légataire dans les dettes devient égale à zéro, du moment que le troisième terme qui représente son profit se réduit à zéro. Il en est autrement de l'héritier qui contribue à proportion de ce qu'il *prend* (art. 870) : il faudrait qu'il ne prît absolument rien dans l'actif pour n'être pas tenu du tout. Au surplus, la locution « au prorata de l'émolument » ou *pro modo emolumenti* n'est pas nouvelle : Ricard et Lebrun l'ont employée précisément pour résoudre la question qui nous occupe; il est donc très-probable que les rédacteurs de l'article 871 y ont attaché le même sens, bien qu'elle soit susceptible d'être appliquée aux héritiers , et qu'alors elle ne légitime pas les mêmes inductions. N'avait-on pas, d'ailleurs, sous les yeux, en rédigeant le Code, l'article 334 de la coutume de Paris : «Quand les héritiers... sont... légataires » universels, ils sont tenus entre eux de contribuer... pour telle » part qu'ils *amendent* »? Ce texte avait un défaut : il confondait les héritiers et les légataires dans une disposition unique et pouvait faire croire, à la rigueur, que les premiers n'étaient pas tenus *ultra vires*. On a dû le scinder : de là les articles 870 et 871.

Si la *contribution* du légataire universel n'excède pas son émolument, il en doit être ainsi [3] de son *obligation* envers les créanciers; car il n'a pas contracté avec eux et n'est pas héritier

[1] C'est le terme employé par Lebrun. Comp. art. 1017-1°.

[2] Par exemple, dans le texte auquel elle semble empruntée (loi 1, au Code, *Si certum petatur*) : ..... Onera ad heredes pro portionibus *hereditariis*, non pro modo *emolumenti* pertinere.

[3] Quoi qu'en dise Toullier (IV, n° 520).

de leur débiteur. La décision contraire aurait pu s'appuyer sur la rédaction primitive de l'article 1012 [1] : « Le légataire à titre » universel est tenu, *comme héritier*, pour le tout... » Elle n'est guère soutenable devant la rédaction définitive : « Le légataire » à titre universel est tenu, *comme le légataire universel*, pour » sa part... » ; surtout après l'observation de la Cour de Toulouse : « Déclarer que les donataires à titre universel seront te- » nus... *pro modo emolumenti.* »

Je n'ai rien dit encore des institutions d'héritiers, envisagées au point de vue du droit français, parce que tout ce qui précède m'en semble indépendant. Trois partis s'offraient aux rédacteurs : 1° exclure les legs d'universalité, et maintenir les institutions d'héritier; 2° maintenir les deux espèces d'actes; 3° maintenir les legs et exclure les institutions [2]. Le premier système (c'est au fond, celui de l'arrêt du 13 août 1851) est inconciliable avec l'ensemble des articles 1003 à 1013, qui parlent constamment de *legs* et n'établissent aucune règle relative aux effets de l'institution. Le second système est repoussé par l'article 1002, puisqu'il veut que toute disposition testamentaire produise son effet, *suivant les règles établies pour les legs.*

Dans l'opinion de M. Nicias-Gaillard, le prolixe article 1002 est un simple renvoi, qui vient grossir la liste déjà trop longue des articles inutiles. Cette interprétation n'est soutenable qu'en procédant comme M. Nicias-Gaillard, en faisant table rase, en mettant de côté les traditions antérieures. Si le legs et l'institution sont deux actes nouveaux, inventés par Napoléon ou tout autre, l'article 1002 ne préjuge rien sans doute. Si, au contraire, ce sont deux actes connus et usités dans le pays depuis des siècles, il acquiert une valeur réelle. Qu'on relise le chapitre où Furgole recherche quels effets produisent les institutions et les legs, selon que le testament a été fait en pays de droit écrit ou

[1] *V.* p. 352, note. L'assimilation eût bien été *explicite*, comme le dit M. Nicias-Gaillard. Aujourd'hui, elle n'est plus qu'*apparente*.

[2] Il ne pouvait être question d'annuler les dernières volontés (à l'exemple de certaines coutumes), par cela seul qu'elles seraient qualifiées d'*institutions*, ou (à l'exemple du droit romain) par cela seul qu'aucune ne serait qualifiée d'*institution*. L'article 967 le déclare, et rend l'article 1002 sans objet sous ce rapport.

en pays coutumier, on verra s'il est indifférent que les legs vaillent comme institutions, ou que les institutions vaillent comme legs [1].

La Cour suprême utilise du moins l'article 1002 [2]; mais elle le renverse et lui fait dire précisément le contraire de ce qu'il dit en effet.

Nous croyons M. Nicias-Gaillard quand il assure (p. 350) pouvoir diminuer la portée des observations du Tribunat; mais il accepte trop légèrement les consolations offertes par le tribun Jaubert aux pays de droit écrit. Ces derniers ont perdu mieux que la règle *nemo pro parte testatus* : ils ont perdu la loi Falcidie, pour ne rien dire de la saisine; et, certes, le privilége de retenir le quart des legs particuliers serait plus avantageux pour les légataires universels que la ruineuse fiction qui les ferait continuateurs d'une personne insolvable. Sous ce dernier point de vue, je me joins au tribun Jaubert : que les habitants du Midi se rassurent; si la Cour suprême renonce à élargir la nécessité d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ils n'auront pas perdu grand chose. Je ne crois pas que le culte de leurs pénates (*sacra privata*..., p. 166), souffre beaucoup de ce que Dieu seul pourra désormais faire les héritiers.

M. Nicias-Gaillard ne prononce pas le mot innovation, peut-être parce qu'il finit par chercher les racines de son système dans le droit romain, après avoir reconnu (p. 351) que l'action des créanciers contre les légataires *n'existait pas d'abord*. Néanmoins son opinion aboutit à soutenir que le Code déroge à l'ancien droit français; c'est même la manière la plus favorable de la présenter; car il semble naturel au premier coup d'œil de compléter un travail d'assimilation commencé par l'ancienne jurisprudence. Cette innovation prétendue se fonde sur le mot PERSONNELLEMENT, écrit dans les articles 1009 et 1012. Tant de choses dans un mot! dirait M. Jourdain. Et cela, sans qu'on en

[1] Furgole, ch. 8, n°s 5 à 23. La phrase suivante : Les *institutions* d'héritiers ne *vaudront que comme legs* universel.., se trouve dans plusieurs articles de l'ordonnance de 1735. — Les orateurs du gouvernement et du Tribunat n'auraient pas dû s'y tromper. Autrement, comment expliquer la phrase de l'article 756 : les enfants naturels ne sont point *héritiers?*

[2] *V.* p. 172; et dans le même sens, Toullier, IV, n° 518.

trouve de vestige dans les travaux préparatoires ou dans les exposés de motifs. En effet notre honorable adversaire, après avoir nié la *bataille* (p. 347) entre les représentants du droit coutumier et du droit écrit, donne d'amples détails sur la *lutte* qu'a suscitée la saisine des légataires (p. 360) ; cependant il n'indique aucun trait de la discussion qui se réfère directement au mot novateur.

Le rapprochement des passages d'anciens auteurs, qui qualifient d'*imparfaite* l'action personnelle dont il s'agit, est ingénieux [1]; il n'est point décisif pour bien des raisons : 1° les auteurs cités qualifient eux-mêmes l'action de *personnelle* [2]; et il est bien évident que ce n'est point une action réelle : elle appartient à des *créanciers*. L'adverbe *personnellement* ne constitue donc pas par lui-même une innovation ; la distinction des actions personnelles, en *parfaites* et *imparfaites*, n'a jamais figuré dans les textes romains ni coutumiers ; elle joue un rôle trop peu important pour que les rédacteurs fussent obligés de surcharger leur phrase d'une lourde restriction, et de dire, par exemple : *Personnellement, mais d'une manière imparfaite* [3]; 2° les orateurs ne disent rien qui aille à l'encontre des explications si nettes de Ricard, de Lebrun, de Pothier ; 3° la signification de l'adverbe *personnellement* est déterminée d'une manière simple et naturelle par l'adverbe *hypothécairement* : le légataire, dans la pensée du rédacteur, n'est tenu pour le tout que lorsqu'on le poursuit en vertu d'une hypothèque (*V.* art. 2167-9°) ; 4° le mot litigieux, judaïquement entendu, mettrait l'article en opposition avec les articles 871 et 1092, avec les principes et les sources. — Tout au plus pourrait-on en faire sortir une action dirigée contre le légataire sur tous ses biens, jusqu'à concurrence de son émolument, telle que Pothier l'accorde contre la femme commune en biens [4].

L'article 2092 pose un principe très-large, qui n'exclut point les règles sur l'insaisissabilité, ni les clauses d'assignat limitatif

[1] *V.* ci-dessus, p. 351 ; Toullier, IV, n° 520, et Merlin, *sup.*

[2] Lebrun, *sup.*, sect. 2, n° 31.

[3] D'ailleurs, le texte primitif portait : *personnellement* POUR LE TOUT..... Il a été modifié après observation de la Cour de Toulouse. *V.* p. 177 et 477.

[4] Traité de la *Communauté*, n° 737. *V.* art. 1483 ; ci-après, p. 482.

(*V.* art. 1507-3°), ni les principes qui restreignent l'action personnelle à sa naissance (*V.* art. 1483, 802 et 1017-1°). Son application dépend entièrement de l'interprétation des articles 1009 et 1012, loin de pouvoir réagir sur elle.

La phrase « personnellement pour sa part et hypothécairement pour le tout, » est une sorte de protocole législatif qui se retrouve dans bien des articles (873, 1009, 1012, 1017). Cette identité de formules est une source d'erreurs, si l'on veut en argumenter par trop strictement. Elle entraîne une extension regrettable de l'hypothèque des légataires [1], en dépit de la protestation anticipée de Ricard. Elle conduirait à donner une hypothèque légale aux créanciers du défunt : résultat rationnel, mais inconciliable avec les sources, et, comme tel, rejeté par les auteurs [2]. Elle conduirait à déclarer l'héritier, et par suite le légataire universel, dans le système que je combats, tenu des legs *ultra vires* : résultat irrationnel, contraire aux principes du droit, et qui fait produire, par la continuation de la personne, des obligations dont la personne même n'était pas grevée [3]. — Donc le rapprochement qu'on établit entre les articles 1009 et 873 prouve trop, et, par suite, ne prouve pas assez.

J'ai beaucoup insisté sur la filiation des articles du Code, parce que leur comparaison avec les sources permet de mesurer leur portée véritable. Il est clair que l'action donnée contre les légataires est tout simplement l'action directe introduite par l'ancienne jurisprudence dans un but d'utilité pratique ; action qui trouve à la fois sa raison d'être et ses limites naturelles dans la maxime *bona non sunt, nisi ære alieno* DEDUCTO.

Les objections que soulève la jurisprudence nouvelle ne sont pourtant pas épuisées.

Cette jurisprudence pressent le mal qu'elle va faire. Pour l'atténuer, elle donne à entendre qu'elle ne condamnera pas les légataires universels, s'ils prennent la précaution d'accepter bé-

[1] *V.* mes *Notes sur le Code civil*, n° 3683-2°.

[2] *V.* M. Marcadé sur l'article 873, et mes *Notes sur le Code civil*, n° 3093.

[3] Il ya sans dire que M. Marcadé et moi nous repoussons cette hyperbole juridique. *V.* l'explication de l'article 1017 par M. Marcadé, et mes *Notes*, n° 3684. M. Nicias-Gaillard professe l'avis contraire, si j'en juge par sa citation de Leprêtre (p. 363).

néficiairement. J'aime à croire qu'elle tiendra sa promesse et n'imitera pas la jurisprudence *normande*[1] qui, non contente de proclamer le légataire obligé *ultra vires*, lui refusait en outre le bénéfice d'inventaire. Mais enfin la chose n'ira pas sans difficulté. L'article 793, quoi qu'en dise M. Nicias-Gaillard (p. 364), *offre* le bénéfice à l'*héritier* et non au *légataire*. Je comprends que nos adversaires argumentent *a fortiori* de ce texte; il me semble à moi bien plus rationnel d'en argumenter *a contrario*. Si la loi n'offre pas le bénéfice aux légataires, c'est qu'à ses yeux ils n'en ont pas besoin; en cela, elle est tout à fait d'accord avec Justinien, qui l'a inventé.

Justinien, d'ailleurs, n'exige aucune autre formalité que l'inventaire; il se rend coupable de cette *générosité sans motifs* que M. Nicias-Gaillard considère comme *une véritable injustice* (p. 365). L'usage de solliciter en chancellerie des *lettres* de bénéfice d'inventaire, introduit par les coutumes, a donné l'idée de la déclaration au greffe. Or la nécessité de remplir une formalité ne résultera jamais du droit commun. Il faut une loi pour l'imposer, même quand elle est utile. Partisan décidé des mesures de publicité protectrices des droits des tiers, je consens volontiers qu'on avertisse les créanciers de la soumission de leur gage à un régime d'administration comptable[2], pourvu qu'on emploie des moyens de publicité moins arriérés et plus efficaces qu'une déclaration au greffe, dussent les avoués y perdre quelques vacations. Je consens qu'on y astreigne les légataires eux-mêmes; seulement je crois qu'une loi nouvelle est indispensable, et que la sanction ne devra pas être aussi rigoureuse pour tous les cas.

M. Nicias-Gaillard s'efforce d'attirer dans son parti ceux qui admettent l'obligation *ultra vires* en cas de saisine (art. 1006), tels que Delvincourt et M. Duranton. C'est à ces messieurs de se défendre d'un reproche d'inconséquence que je suis un peu tenté de leur adresser, à mon point de vue. Cependant, je persiste à mettre une différence entre leur système et celui de la Cour de cassation. Il faut convenir que les défenseurs du droit écrit, Por-

[1] *V.* les arrêts du parlement de Rouen cités par Merlin, *sup.*
[2] Expression de M. Biondeau, *Séparation des patrimoines.*

talis, Maleville, Muraire, ont triomphé dans l'article 1006, et obtenu l'assimilation du legs universel à l'institution d'héritier, quant à la saisine, ce qui paraît bien empêcher la continuation de la personne de s'opérer dans ce cas au profit, disons mieux, au détriment de l'héritier légitime. Pourquoi ce triomphe est-il resté incomplet? Pourquoi les partisans du droit écrit, qui distingue si nettement le legs de l'hérédité testamentaire, ont-ils laissé absorber les institutions d'héritier dans les legs? Pourquoi n'ont-ils pas fait insérer dans le texte l'obligation d'accepter sous bénéfice d'inventaire? Qu'ils aient transigé ou commis un oubli, évidemment le droit écrit a été mis de côté sur ces deux points, comme sur la quarte Falcidie.

Il est une hypothèse où la continuation de la personne devient fort pernicieuse à l'héritier du sang qui concourt avec des légataires : c'est celle où les créanciers surviennent après l'acquittement des legs. Le danger n'existait pas autrefois, quand l'héritier *ab intestat* concourait avec l'héritier testamentaire : la division des dettes s'opérait entre eux. Aussi plusieurs jurisconsultes voudraient que cette division s'opérât entre les héritiers et les légataires d'universalité [1]. Je rappelle cette question, uniquement pour faire observer qu'elle est indépendante de la nôtre. On peut fort bien décider que le légataire universel est tenu *intra vires*, et que sa part dans les dettes ne peut être réclamée contre les héritiers. L'hypothèse serait semblable à celle où des héritiers purs et simples concourent avec des héritiers bénéficiaires. Ce serait un moyen de plus d'expliquer l'article 1009. J'incline toutefois, en droit positif, avec MM. Duranton et Marcadé, à concentrer la division des dettes entre les héritiers légitimes, à cause des articles 873 et 1220 et de l'autorité de Pothier. En théorie, je plaiderais pour une réforme. Mais je ne suis pas de ceux qui croient supprimer une iniquité en la répandant sur plusieurs personnes. Je veux bien libérer l'héritier ; je ne veux pas obliger le légataire *ultra vires*. Au surplus, je le répète, la doctrine qui est l'objet principal de cet article n'est pas solidaire avec celle

[1] Toullier, Chabot, M. Niclas-Gaillard, p. 358. Je crois savoir que cette opinion est partagée par le savant doyen de la Faculté de Paris, M. Pellat.

qui oblige les héritiers quand même. Je préfère aborder quelques considérations générales.

Le bénéfice d'inventaire, s'écrie M. Nicias-Gaillard (p. 364), concilie merveilleusement le droit et l'*équité*. Plus loin il déclare que ce même bénéfice, acquis de plein droit, est une véritable *injustice*. J'éprouve quelque peine à *concilier* ces propositions. M. Nicias-Gaillard admet sans doute que l'enfant naturel[1], qui n'est pas *héritier* (art. 756), est tenu *intra vires*. Il reconnaît, en effet, que les successeurs aux biens occupent encore une place dans notre droit, bien qu'infiniment réduite (p. 362). Or, je le demande, comment un même résultat, équitable en ce qui touche l'enfant naturel ou tout autre successeur aux biens que l'on voudra désigner, deviendrait-il tout à coup inique à l'égard du légataire? Comment un même résultat, équitable après déclaration au greffe, se transforme-t-il en injustice faute de déclaration?— « Un des moyens par lesquels la société se conserve, c'est, dit-on, » que... les héritiers soient tenus *de la même manière* que le » défunt lui-même. » Mais alors le bénéfice d'inventaire est destructif de la société : qu'on se hâte d'abolir l'article 793!

La vérité est que l'actif du défunt est le gage de ses créanciers, et qu'il ne peut leur être enlevé même par des légataires. Le reste est une hyperbole. Ceux qui ont contracté avec le défunt n'ont jamais dû compter sur l'actif d'un successeur qu'ils ne connaissaient peut-être pas. Le leur refuser, ce n'est pas *réduire* leur gage[2]. — L'article 793 étant donné, les créanciers peuvent dire sans doute qu'ils avaient la chance que leur débiteur serait remplacé après sa mort par un héritier pur et simple; que l'imprudente avidité d'un successeur était un élément de garantie dont ils ont tenu compte. Aussi ne voudrais-je pas faire rétroagir la réforme législative de l'article 793, au profit d'héritiers qui auraient déjà accepté sans précaution. Mais on ne doit

[1] Je n'ose pas ajouter l'État, à cause de la note où Denys Godefroy est invoqué comme assimilant le *fisc* à l'héritier (p. 363), tandis que l'autorité de Pothier à l'égard du *roi* est repoussée (p. 351).

[2] C'est une subtilité bien étrange que d'invoquer ici le principe : *nemo proprio facto se liberare potest* (Delvincourt, sur l'article 1006; M. Nicias-Gaillard, p. 358). Comment! le débiteur se *libère* en se donnant un successeur qui ne pourra pas distraire un centime de l'actif tant que les créanciers ne seront pas payés! Mais alors, je le répète, qu'on abolisse le bénéfice d'inventaire.

pas donner pour motif à la loi la loi elle-même. Il est certain que l'attente raisonnable de ceux qui contractent se concentre sur la fortune présente et sur les chances d'acquisitions nouvelles ; elle ne s'étend pas à la chance bizarre résultant de l'imprudence possible d'un riche successeur qui s'appauvrira par l'acceptation d'une libéralité apparente.

On le voit : ceux qui, comme M. Nicias-Gaillard, laissent les mots pour les choses (p. 362); ceux qui, avec M. Bayle-Mouillard, travaillent à compléter notre réforme sociale (p. 178), se méprennent quand ils veulent assimiler les légataires aux héritiers. Le progrès n'est pas là. Il consisterait plutôt à supprimer l'antique fiction de la continuation de la personne, inventée surtout pour favoriser des transmissions politiques ou religieuses, aujourd'hui passées de mode.

Faudrait-il donc présumer l'acceptation bénéficiaire au profit des majeurs? Des distinctions nombreuses me sembleraient nécessaires. Le successeur est évidemment libre d'*accepter* les créanciers du défunt pour ses propres créanciers (comp. art. 879). Cette intention est bien plus probable chez les enfants qui ont connu les créanciers, et ont du moins profité de leurs capitaux, que chez des cousins au douzième degré. L'hypothèse où l'insolvabilité était notoire au moment du décès, est moins favorable que celle où les créanciers se présentent après coup, surtout si un long intervalle s'est écoulé. L'acceptation tacite est, en général, plus favorable que l'acceptation expresse. Si l'héritier se borne à stipuler un délai de quelque créancier exigeant, à payer des dettes criardes ou des legs dont la validité n'est pas douteuse, on ne devrait pas le traiter comme l'héritier qui se met à la tête des affaires du défunt et en accepte les risques. S'il a loyalement remis à des légataires la masse des biens, il devrait être quitte envers les créanciers, qu'il renverrait aux légataires eux-mêmes. Je me borne à indiquer ces aperçus : leur développement excéderait les limites que m'assigne la nature de ce recueil.

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

COMPTE. — RÉVISION. — REDRESSEMENT.

Par M. DE VIENNE,
Substitut du procureur de la République à Chartres.

L'article 541 du Code de procédure civile porte : « Il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges. »

L'ordonnance de 1667 contenait une disposition analogue. L'article 21 était ainsi conçu : « Ne sera ci-après procédé à la révision d'aucun compte ; mais s'il y a des erreurs, omissions de recette ou faux emplois, les parties pourront en former leurs demandes ou interjeter appel de la clôture des comptes, et plaider leurs prétendus griefs à l'audience. »

Qu'est-ce que l'action en révision prohibée par l'ordonnance et par le Code de procédure civile? Quelles sont les erreurs, les omissions, les faux ou doubles emplois dont on peut demander le redressement? C'est ce que nous nous proposons d'examiner. Et d'abord il est constant aujourd'hui, ainsi que l'établit Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure civile*, question 1886 *bis*, que l'article 541 est absolu et général ; il s'applique à toute espèce de comptes, soit qu'ils aient été rendus en justice, soit qu'ils aient été arrêtés librement par les parties entre elles. Nous verrons cependant qu'il existe une différence entre ces deux espèces de comptes. Quant à présent, nous ne nous occuperons que des comptes rendus en justice.

Il est un point sur lequel tout le monde est d'accord : c'est que lorsqu'un compte est définitivement arrêté, on ne peut l'attaquer d'une manière générale en en poursuivant la révision intégrale ou partielle : ce serait refaire le compte, et la loi le défend. Au contraire, il est permis de redresser un compte, de relever les erreurs qu'il contient, en spécifiant avec pièces justificatives ou preuves à l'appui, les articles du débit et du crédit qui renferment les erreurs, soit dans les comptes particuliers, soit dans le compte général qui en peut être composé.

Mais toute espèce d'erreurs, d'omissions, de faux ou doubles emplois peut-elle donner lieu à l'action en redressement ou en rectification? Ici naît la difficulté.

Deux opinions sont en présence, et sont résumées de la manière la plus claire dans deux arrêts, l'un de la Cour de cassation, du 2 mars 1831, l'autre de la Cour de Bourges, du 21 août de la même année. La Cour de cassation, reconnaissant que l'article 541 du Code de procédure civile est restrictif, n'admet l'action en redressement ou en rectification que dans deux cas : 1° lorsqu'on invoque une erreur de calculs; 2° lorsqu'on s'appuie sur des documents inconnus à l'époque de l'arrêté de compte.

Nous pensons, malgré tout le respect que nous professons pour les arrêts de la Cour suprême, que celui du 2 mars 1831 est à la fois trop restrictif et trop large dans l'appréciation qu'il fait de l'article 541.

Il est trop restrictif; car la loi, nous le croyons, admet comme cause de rectification autre chose que des erreurs de calcul. Tout, il est vrai, peut et doit aboutir, en définitive, à une erreur de calcul; et lorsque certains termes, certains articles du compte seront changés, le calcul qui sera fait ne sera plus le même que celui qui avait été arrêté. Mais ces termes, ces articles, comment parvient-on à les changer? est-ce par une simple opération de calcul? Évidemment non. C'est en démontrant qu'un article a été omis, ou bien qu'un autre a été porté deux fois dans le compte, qu'un troisième enfin a été alloué à tort, qu'il n'existe pas, qu'il a été faussement produit (Dalloz, v° *Compte*, § 13, n° 180). Il est trop large; car la découverte de documents nouveaux ne rendra pas toujours recevable une action en redressement de compte. Si ces pièces nouvellement découvertes tendent à fortifier et à faire admettre une prétention relative à un article sur lequel le tribunal a déjà été appelé à se prononcer et s'est prononcé en effet, cet article, comme nous le démontrerons tout à l'heure, malgré les pièces nouvellement produites, ne pourra plus être remis en question. Le demandeur devra être déclaré non recevable dans sa demande, sauf à lui à se pourvoir contre le premier jugement par la voie de la requête civile, si le défendeur, par son dol personnel, lui a, lors de ce premier

jugement, dérobé les pièces qui devaient le faire triompher.

L'arrêt de Bourges, d'un autre côté, est beaucoup trop restrictif. La Cour y pose en principe que le Code de procédure, en défendant de reviser un compte et en permettant de coter les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qui s'y rencontrent, n'a pu entendre que les erreurs de calcul, les omissions d'articles admis par le jugement, le double emploi d'une somme allouée ou le faux emploi d'une somme rejetée. S'il en était ainsi, toute la question soumise au tribunal se bornerait à savoir si, en statuant sur tel ou tel article, il l'a admis ou rejeté. Ce ne serait plus désormais qu'une question d'interprétation de jugement. Par ce motif seul elle devrait être soumise aux mêmes juges que ceux devant lesquels aurait été portée l'action en reddition de compte, puisque c'est au tribunal qui a rendu le jugement qu'il appartient de résoudre les difficultés auxquelles donne lieu l'exécution de ce jugement. Mais nous pensons encore que l'action en redressement de compte ou en rectification soulève plus qu'une question d'interprétation. Elle peut avoir pour objet non-seulement des sommes admises par le jugement, et qui n'ont pas été comprises dans le compte dressé en vertu de ce jugement, mais aussi des sommes sur lesquelles on a omis, par erreur ou par oubli, de faire porter le débat dans l'instance en reddition de compte, et que l'on veut rétablir. De même, s'il s'agit de faux ou de doubles emplois, l'article 541 s'applique encore à des rectifications autres que celles relatives à des sommes allouées par le jugement et portées à tort deux fois dans le compte, ou à des sommes rejetées par le jugement, et portées malgré cela dans le compte.

Est-ce à dire que toutes les erreurs possibles, toutes les omissions, tous les faux ou tous les doubles emplois peuvent donner lieu à une action en rectification? Telle n'est pas notre pensée. Mais il serait dangereux de vouloir déterminer *à priori* les erreurs qui permettront d'attaquer le compte et celles pour lesquelles il ne sera pas possible de le faire. On aurait toujours à craindre le danger que la Cour de cassation et celle de Bourges n'ont pas su éviter, celui de donner une définition ou trop large ou trop limitative.

La seule chose à faire est de bien préciser quel est le principe sur lequel est fondée la disposition qui nous occupe, d'appliquer ce principe à chaque cas particulier, et d'en déduire ensuite les conséquences.

« On ne peut pas supposer, dit M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Compte*, § 1, p. 446, que dans l'article 21 de l'ordonnance de 1667 on doive entendre par le mot *erreurs* toutes les erreurs possibles dont un plaideur obstiné aurait pu arguer l'arrêté de compte. Donner à ce mot une acception indéfinie, c'eût été autoriser à reproduire, par une simple demande en redressement, des articles de recette ou de dépense qui auraient été rejetés après discussion spéciale; c'eût été enlever à la *chose jugée toute son autorité*; c'eût été éterniser les procès. »

L'autorité de la chose jugée, c'est là ce qui doit trancher la difficulté. La Cour de cassation, de même que M. Merlin, dans tous les arrêts rendus sur la matière, celle de Bourges dans l'arrêt du 21 août 1831, tout le monde reconnaît que l'article 541 du Code de procédure civile est fondé sur le principe de la chose jugée, qu'il a pour but d'éviter que les plaideurs, souvent excités par le ressentiment ou l'amour-propre, ne puissent indéfiniment renouveler leurs procès en mettant à profit ce que l'expérience leur a appris de chicane et de détours. (Dalloz, v° *Compte*, § 13, n° 150.)

Il faudra donc, dans chaque espèce, examiner si la question soumise au tribunal a déjà fait l'objet d'un premier jugement, si les éléments de la chose jugée existent dans l'espèce; en un mot si l'article 1351 du Code Napoléon, dont l'article 541 du Code de procédure n'est qu'un corollaire, est applicable, et dans le cas de l'affirmative, la demande à fin de rectification du compte devra être déclarée non recevable.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de reviser un compte soit en totalité, soit dans l'une de ses parties, le tribunal doit rejeter votre demande. La loi le défend d'une manière absolue; car alors le demandeur et le défendeur sont les mêmes et agissent en la même qualité; la demande est fondée sur la même cause, à savoir que vous avez géré mes affaires, et qu'à ce titre vous avez contracté l'obligation de me rendre compte de votre gestion.

conformément aux articles 1372 et 1993 du Code Napoléon ; l'objet est le même, il se compose des sommes que vous avez dépensées ou que vous avez reçues en mon nom, et qui, après balance faite, doivent vous constituer mon débiteur ou mon créancier.

S'agit-il, au contraire, de rectifier, de redresser l'un des articles du compte, tantôt cela sera permis et tantôt cela sera défendu. Ainsi l'on demande au tribunal de rétablir dans le compte une somme que les parties ont oublié d'y comprendre lors du premier jugement ; les parties sont encore les mêmes et agissent en la même qualité ; la cause est aussi la même, elle consiste dans l'obligation que votre qualité de gérant d'affaires vous impose de me rendre compte ; mais l'objet est différent. L'objet de l'action en reddition de compte n'est pas seulement ce qui doit être le résultat du compte même, c'est-à-dire la dette ou la créance qui doit exister pour ou contre l'oyant compte, ce sont aussi toutes les sommes qui doivent figurer au compte. Or cette somme omise n'a pas figuré dans le premier compte, elle n'a pas fait l'objet du premier litige ; c'est un objet nouveau.

En sorte que l'action en redressement de compte peut, comme nous le disions au sujet de l'arrêt de Bourges, porter sur des omissions autres que celles d'articles *admis dans le premier jugement.*

Supposons maintenant que dans l'action en reddition de compte, Pierre, demandeur, ait voulu faire figurer une somme de 1,200 francs qu'il prétend avoir été touchée en son nom par Paul, son gérant d'affaires. Il ne peut administrer la preuve de ce qu'il avance. Le tribunal rejette du compte la somme en question. Le jugement devient définitif, et acquiert l'autorité de la chose jugée. Plus tard, Pierre retrouve la quittance émanée de Paul : il actionne celui-ci en redressement de compte. Là se rencontrent tous les éléments de la chose jugée : mêmes parties agissant en la même qualité, même cause, même objet. Le tribunal rejettera la demande de Pierre, qui n'aura d'autre recours que celui de la requête civile, si le défendeur l'a, par son dol personnel, empêché de faire usage de la reconnaissance nouvellement retrouvée. Voici donc une circonstance où, contrairement à la décision de la Cour de cassation, la découverte de

pièces nouvelles, inconnues à l'époque de l'arrêté de compte, ne peut faire admettre l'action en rectification.

Une dernière hypothèse. Le tribunal, sur la demande de Pierre, admet au compte une somme de 1,200 francs, et décide que Paul en devra les intérêts à partir du jour de l'encaissement. Pierre ne retrouve pas le reçu de Paul : celui-ci déclare qu'il a encaissé la somme au 1er janvier 1851. Les intérêts sont calculés à partir de cette date. Pierre, au bout d'un certain temps, retrouve une reconnaissance émanée de Paul, et constatant que celui-ci a touché la somme en question le 1er janvier 1850. Pierre réclame les intérêts qui ont couru du 1er janvier 1850 au 1er janvier 1851. Le tribunal ayant décidé, lors du premier jugement, que les intérêts seraient dus à partir du jour de l'encaissement, la demande formée par Pierre ne peut porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, elle ne constitue qu'une question d'interprétation; c'est une difficulté soulevée à propos de l'exécution du jugement. Le tribunal doit donc en connaître.

Ces différentes hypothèses, que l'on pourrait multiplier, suffisent, nous le croyons, pour expliquer notre pensée.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que des comptes arrêtés en justice. L'article 541 s'applique également aux comptes librement arrêtés entre les parties : cependant il existe une différence entre ces deux espèces de comptes. La révision intégrale ou partielle d'un compte arrêté en justice est prohibée d'une manière absolue, et cette prohibition est d'ordre public, parce qu'elle est fondée sur le principe de l'autorité de la chose jugée, qui lui-même est d'ordre public. La révision, même totale, d'un compte extrajudiciaire peut au contraire avoir lieu dans certaines circonstances. Ce compte est le résultat d'une convention; il peut être détruit par une nouvelle convention, pourvu qu'elle ne soit contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs. L'article 541 du Code de procédure, malgré ses termes impératifs, ne s'y oppose pas. Rien n'empêche les parties, après avoir arrêté leur compte, de le détruire tout à fait d'un consentement mutuel; il arrivera même souvent que le juge ignore à jamais son existence. On peut dès lors le considérer comme n'ayant constitué, dans la pensée des parties, qu'un projet de compte et non pas un compte

définitif. Un arrêt de la Cour de Colmar, du 18 mars 1816, a décidé dans ce sens. Mais si l'une des parties se refusait à annihiler le compte, il aurait alors force de loi, il ne pourrait être revisé. Il produirait les mêmes effets qu'un compte rendu en justice. Il ne pourrait être attaqué ni rectifié que dans les cas où il eût pu l'être s'il eût fait l'objet d'une instance judiciaire.

DE VIENNE.

CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CRIMINELLE. — MINEUR.

Quel est le sens et la portée d'application de la dernière disposition de l'article 9 de la loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps?

Résulte-t-il de cette disposition que le mineur non émancipé puisse être contraint par corps pendant sa minorité?

Ne doit-on pas, au contraire, admettre que la contrainte accordée contre le mineur ne pourra être utilisée et exercée qu'après son émancipation ou sa majorité?

Par M. Victor MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse.

La contrainte par corps accordée par les articles 52, 467 et 469 du Code pénal est régie par des règles spéciales qui la distinguent de la contrainte par corps en matière civile et en matière commerciale. Elle est établie pour assurer l'exécution des condamnations à l'amende, à des restitutions, à des dommages-intérêts, aux frais, et elle doit dès lors être applicable, sans distinction d'âge et de sexe, à tous ceux qui sont punis pour avoir enfreint les lois. Comme elle est ainsi encourue par tous les délinquants, le juge n'a pas à la prononcer et doit se borner à en fixer la durée, lorsque cette fixation est exigée, ce qui a lieu toutes les fois que le montant des condamnations s'élève à 300 fr. et au-dessus (L. 13 décemb. 1848, art. 8 et 12). Il résulte donc de ces dispositions que les femmes, les filles, les mineurs et les septuagénaires ne jouissent pas, dans les matières criminelles, des immunités qui leur sont accordées pour les matières civiles (C. Nap., 2064, 2066). Ils sont tous soumis à la contrainte

toutes les fois qu'ils sont reconnus coupables d'un fait pour lequel ils encourent des condamnations pénales [1].

Il n'y a exception à ces règles qu'en faveur du mineur qui n'avait pas accompli sa seizième année lorsqu'il a commis le délit. La loi du 13 décembre 1848 contient en sa faveur une disposition qui fut adoptée dans le cours de sa discussion à l'Assemblée constituante, sur la proposition de M. Salmon, et qui fut ajoutée à son article 9 [2]. Cette disposition est ainsi conçue : « La contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, ne sera exercée, dans l'intérêt de l'État ou des particuliers, contre des individus âgés de moins de seize ans accomplis à l'époque du fait qui a motivé la poursuite, qu'autant qu'elle aura été formellement prononcée par le jugement de condamnation. »

Cette disposition suppose que la contrainte par corps est applicable au mineur âgé de seize ans et au-dessus au temps du délit pour lequel il a été condamné, et qui n'a pas accompli sa vingt et unième année. Elle se rattache aux règles consacrées en matière d'imputabilité, par l'article 66 du Code pénal et par l'article 340 du Code d'instruction criminelle. Lorsqu'il est reconnu que le mineur, âgé de moins de seize ans au temps du délit, a agi avec discernement [3] et doit être puni, les juges ont encore à examiner s'il doit être soumis à la contrainte par corps. Ils doivent de nouveau apprécier le discernement sous le rapport des conséquences juridiques du fait qui mérite un châtiment. S'il leur apparaît que le mineur avait bien une notion du précepte qu'il a enfreint, mais ne pouvait pas apprécier d'une manière complète les conséquences juridiques de l'infraction par rapport à la réparation du préjudice qu'elle a causé et aux con-

[1] La durée de la contrainte par corps est seulement abrégée, en faveur de celui qui a commencé sa soixante-dixième année, par les deux premières dispositions de l'article 9 de la loi du 13 décembre 1848.

[2] *V.* sur ce point le *Commentaire de la loi du 13 décembre* 1848 de M. Dorand, p. 240. Cette disposition additionnelle, proposée par M. Salmon, fut adoptée sans observations et sans discussion, dans la séance du 13 décembre 1848.

[3] Le discernement dont parlent l'article 66 du Code pénal et l'article 340 du Code d'instruction criminelle, consiste, selon nous, dans la notion du précepte qui a été enfreint et d'une peine attachée à l'infraction, sans qu'il soit nécessaire que l'agent eût une connaissance expresse, complète et exacte de la disposition de la loi pénale qui incrimine le fait et qui établit une peine pour le réprimer.

damnations pécuniaires qu'elle devait entraîner, ils s'abstiendront de le soumettre à la contrainte par corps. Il en sera de même s'ils pensent que sa position de fortune offre des garanties suffisantes, et peut dispenser de recourir à une voie d'exécution dirigée contre sa personne. En un mot, les juges, investis par la loi d'un pouvoir discrétionnaire, n'accorderont la contrainte par corps qu'autant qu'elle leur paraîtra autorisée par la valeur morale des faits, et utile pour assurer le payement des amendes et des autres condamnations.

Il est donc constant que les condamnations prononcées par les tribunaux de répression contre les mineurs reconnus coupables de faits punissables, confèrent à l'État ou aux particuliers la contrainte par corps dans deux cas : premièrement, lorsqu'il s'agit d'un mineur qui était âgé de seize ans et au-dessus quand il a commis le délit : cette contrainte a alors lieu de plein droit et virtuellement, sans qu'une disposition expresse soit nécessaire ; secondement, lorsque la contrainte par corps a expressément été accordée, par le jugement de condamnation contre celui qui avait moins de seize ans à l'époque du fait qui a motivé la poursuite. L'État ou les particuliers ont, dans ces deux cas, le *droit* d'employer la contrainte par corps ; mais ont-ils l'*exercice* de ce droit contre le jeune condamné pendant sa minorité, et tant qu'il n'est pas émancipé ou qu'il n'a pas accompli sa vingt et unième année?

Si la contrainte par corps avait, en matière criminelle, un caractère pénal, nous accorderions son exercice contre le mineur pendant sa minorité, parce qu'il peut, dans toute cette période de la vie, subir les peines qu'il a encourues dans les lieux et de la manière déterminée par la nouvelle loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus. Mais il est généralement reconnu que notre législation criminelle n'envisage la contrainte par corps que comme une voie de coaction, comme une épreuve établie seulement pour amener le coupable à satisfaire lui-même aux prescriptions du jugement qu'il a encouru. Elle ne convertit pas les amendes en une peine privative de la liberté, comme le font quelques législations étrangères. Celui qui a produit des certificats d'indigence et qui a subi la contrainte

pendant le temps déterminé, est réputé insolvable, mais n'est pas libéré, et peut même être de nouveau contraint par corps quant aux restitutions, dommages-intérêts et frais, s'il lui est survenu de nouvelles ressources. Il est, il est vrai, définitivement affranchi de la contrainte par corps quant à l'amende (L. 17 avril 1832, art. 36); mais il continue d'en être débiteur, et il est toujours tenu de la payer sur ses biens. Ces principes sont très-expressément énoncés dans un avis du Conseil d'État intervenu le 15 novembre 1832, au rapport de M. Vivien [1].

Dès que la contrainte par corps n'a pas un caractère pénal, son exercice ne doit être accordé que contre celui qui peut disposer de ses biens pour faire un payement, et à l'égard duquel elle doit opérer une coaction utile. Le mineur non émancipé n'a ni la disposition de ses revenus ni celle de ses capitaux. Ses biens, s'il en a, sont dans les mains de son père, qui en est l'administrateur (C. Nap., 389), ou de son tuteur, qui les possède, qui en perçoit le produit, et qui ne peut même vendre des immeubles pour l'acquittement des dettes, qu'en observant des formalités de justice (C. Nap., 457; C. proc., civ. 953). Comment dès lors concevoir, pendant la minorité, l'*exercice* d'une contrainte dirigée contre la personne du mineur, lorsque ce mineur ne peut personnellement rien prendre sur ses biens pour faire un payement? — Dira-t-on que la contrainte subie par le mineur exercera son action à l'égard du père ou du tuteur, pour l'amener à libérer le mineur et à acquitter la dette pour son compte ou en son nom? Mais la loi échapperait-elle au reproche d'être empreinte d'une certaine barbarie, ou tout au moins d'être injuste, si elle autorisait une torture exercée contre l'enfant, dans le but de contraindre la famille à payer pour lui, ou pour amener un tuteur à se donner les soins qu'exige l'administration de la fortune de son pupille? Non, le législateur n'a pas entendu livrer un mineur aux agents du fisc ou à un particulier, pour qu'ils pussent le faire incarcérer et le détenir en prison jusqu'à ce qu'il plût à la famille de le libérer, ou jusqu'à ce que le tuteur eût pu vendre ses biens et faire les fonds nécessaires

[1] On le trouve dans la *Théorie du Code pénal* de MM. Chauveau et Hélie, t. I, p. 300 de la 2e édition.

pour exécuter, par le payement, un jugement. Les rigueurs de la contrainte ne peuvent pas être ainsi subies par l'enfant, et dirigées contre son père ou son tuteur : elles doivent directement porter sur celui qui a à faire personnellement le payement.

Il y a donc à établir, à l'égard du mineur non émancipé, une distinction entre le *droit* à la contrainte par corps et l'*exercice* de ce droit. S'il s'agit d'un mineur âgé de seize ans et au-dessus au temps du délit, l'État et la partie civile sont toujours investis du droit d'exercer la contrainte par corps pour leurs créances. S'il s'agit d'un individu qui avait moins de seize ans, ils pourront être investis de ce droit par une disposition expresse du jugement. Mais dans l'un et l'autre cas, ils ne pourront *exercer* ce droit qu'à la majorité du mineur, ou lorsqu'il aura acquis, par l'émancipation, l'aptitude d'administrer par lui-même ses biens. Les dispositions de l'article 9 de la loi du 13 décembre 1848 doivent être combinées non-seulement avec celles de l'article 66 du Code pénal, mais encore avec les règles du Code Napoléon relatives à la capacité du mineur et à l'administration de sa fortune. Les tribunaux qui accordent la contrainte par corps en vertu de cet article 9, agiront suivant l'esprit de la loi en déclarant, dans leur jugement, que la contrainte par corps ne pourra être exercée qu'à la majorité. A défaut de disposition expresse sur ce point, les principes suppléeront le silence du juge, et l'emprisonnement ou la recommandation qui arriveraient pendant la minorité et avant l'émancipation, devraient être annulés. Le fisc et la partie civile ne pourront, avant cette époque, diriger des exécutions que contre les biens du jeune condamné, et non contre sa personne.

Si le mineur condamné venait à être émancipé, sa position serait changée, puisqu'il acquerrait le droit d'administrer par-lui-même ses biens (C. Nap., 481), et de toucher ses capitaux mobiliers avec la simple assistance de son curateur (C. Nap., 482). La contrainte par corps pourrait donc ne pas être sans action, à son égard, pour l'amener à acquitter l'amende et les autres condamnations. Elle pourrait dès lors être exercée, sauf aux tribunaux à intervenir, et à en suspendre l'exercice si le mineur n'avait que des immeubles, si ses revenus étaient modiques, et s'il

s'agissait de lui procurer les délais nécessaires afin qu'il pût réaliser des valeurs au moyen d'une vente pour laquelle des formalités de justice devraient être remplies (C. Nap., 484; C. proc., 953 et suiv.). En ne traçant aucune règle expresse sur ce point, la loi a investi les tribunaux d'un pouvoir discrétionnaire, dont ils sauront user pour concilier les droits des créanciers avec les exigences de la position des mineurs, de manière à arriver à des solutions équitables, qui soient avouées par la raison et conformes au vœu de la loi.

VICTOR MOLINIER.

PORTRAITS DE JURISCONSULTES.

J. DOMAT.

Par M. H. MOULIN, avocat, docteur en droit.

Parmi les figures des grands jurisconsultes dont s'enorgueillit à bon droit notre France judiciaire, il en est quatre surtout, plus fortement accentuées que toutes les autres, dans lesquelles se reflète toute une époque, et qui se détachent de celles qui les entourent par des traits caractéristiques : ce sont Cujas et Dumoulin, au XVIe siècle; Domat et Pothier, aux XVIIe et XVIIIe. Chacune de ces physionomies originales mérite une étude à part : sans tenir compte de l'ordre des temps, nous commencerons par le jurisconsulte de l'Auvergne[1].

[1] Domat est le plus grand jurisconsulte du XVIIe siècle, et cependant jusqu'aux travaux, encore récents, de MM. Cousin, E. Cauchy et Desmarest, c'est à peine si quelques pages lui avaient été consacrées.

Ferrière, dans ses *Additions* à l'ouvrage de Taisand, n'avait donné qu'une courte notice biographique de l'auteur des *Lois civiles*.

Terrasson, dans son *Histoire de la jurisprudence romaine;* M. Bernardi, dans la *Biographie Michaud;* M. de Viel-Castel, dans l'*Encyclopédie des gens du monde;* MM. Carré et Rémy, les deux derniers éditeurs de Domat, ne lui avaient accordé que quelques lignes.

Prévost de la Jannès, professeur de droit et conseiller au présidial d'Orléans, avait autrefois écrit la vie de Domat; mais son manuscrit, refusé par les censeurs

Toute la vie de Domat, a dit avec justesse l'un de ses récents panégyristes, M. E. Cauchy, pourrait s'écrire en deux mots : « Il fut l'ami de Pascal et l'auteur du *Traité des lois*. » En dehors, en effet, de son affection pour l'auteur des *Provinciales*, de ses liaisons avec Port-Royal, de la composition de son grand ouvrage, la vie de Domat s'écoula exempte d'événements, remplie par l'étude, par le culte des vertus de famille, par une piété douce et éclairée, et par une résignation chrétienne à la souffrance.

Jean Domat naquit à Clermont, deux ans après Pascal, le 30 novembre 1625. Son père était un simple bourgeois de la ville; sa mère, Marguerite Vaugron, la petite-fille d'un commentateur estimé de la coutume d'Auvergne, M. de Basmaison.

L'éducation de Domat fut confiée à son grand-oncle, le père Sirmond, de la société de Jésus, confesseur de Louis XIII. Ne pouvant garder près de lui son petit-neveu, ni le faire élever sous ses yeux, le révérend père le plaça dans le collége le plus renommé de son ordre, celui de Clermont, auquel Louis XIV donna plus tard son nom[1].

royaux en 1742, et déposé à la bibliothèque d'Orléans, en a été enlevé, et a depuis disparu.

M. E. Desmarest, alors avocat stagiaire, fut, en 1842, chargé par le conseil de l'ordre de prononcer, à la rentrée des conférences, un *discours* sur Domat. Ce *discours*, remarquable par des pensées hardies, des aperçus ingénieux, une saine appréciation des *Lois civiles* et un style brillant et coloré, se rapproche plus d'une composition académique que d'une notice biographique, et l'auteur a dû négliger beaucoup de détails intimes qui ne rentraient pas dans son cadre oratoire.

M. E. Cauchy a présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1851, des *Études* sur Domat, qui lui ont mérité l'approbation et les suffrages de ce corps savant; mais ces *Études* ont eu pour objet bien plus les ouvrages du jurisconsulte que la vie de l'homme.

Enfin, en 1842, les recherches de M. Cousin ont découvert à la Bibliothèque royale un manuscrit intitulé : *Mémoire pour servir à l'histoire de la vie de M. Domat, avocat du roy au présidial de Clermont, en Auvergne.* Ce *mémoire*, trouvé parmi ceux de Marguerite Perrier, sœur de Pascal, s'il n'est émané d'elle, a été écrit sous ses inspirations, et connu de Prévost de la Jannès. Commenté par M. Cousin, et lu par lui à l'Académie des sciences morales et politiques, il y donna lieu à une discussion intéressante entre MM. Dupin, Berriat-Saint-Prix, Ch. Giraud, Portalis et l'auteur de la communication. C'est assurément le travail le plus complet qui ait paru sur Domat, et nous lui avons plus d'une fois emprunté pour notre notice des détails intéressants et jusque-là inédits.

[1] Mon excellent confrère et ami Desmarest s'est trompé quand il a dit que « Domat fut placé à Clermont, dans un collége de jésuites, » et son erreur vient d'une confusion de noms.

Le collége Louis-le-Grand fut, jusqu'en 1674, appelé collége de Clermont, du

Ses humanités terminées, Domat suivit les cours de droit de l'université de Bourges, célèbre par l'enseignement d'Alciat, de Doneau, de Duaren, et surtout de Cujas.

Reçu docteur, il revint dans sa ville natale, y exerça, non sans succès, la profession d'avocat jusque vers 1655, époque où, après une pratique de dix ans au barreau, il fut nommé avocat du roi au siége présidial de Clermont.

Il remplit cette charge pendant près de trente ans, avec non moins de zèle que de fermeté, de dévouement que de dignité. « L'estime générale qu'il sut s'acquérir par son savoir, par son intégrité et par sa droiture, le rendit l'arbitre de toutes les grandes affaires de la province. »

Ce fut dans l'exercice de ses fonctions d'avocat du roi, que Domat, qui savait par expérience tout ce que l'étude du droit avait de rebutant, voulant la rendre plus accessible, conçut la pensée de son *Traité des lois*. Il le commença presque en même temps que Pascal écrivait ses *Provinciales*.

Pascal et Domat étaient compatriotes et contemporains : ces

nom de son fondateur, Guillaume Duprat, Monseigneur de Clermont. Une table de marbre noir, placée au frontispice de l'établissement, avait reçu cette inscription en lettres d'or :

COLLEGIUM CLAROMONTANUM, SOCIETATIS JESU.

La distribution des prix, à la fin de chaque année scolaire, était ordinairement précédée d'un exercice littéraire ou de la représentation d'une œuvre dramatique. Or, en 1674, les professeurs du collége de Clermont, de l'ordre des jésuites, obtinrent de Louis XIV qu'il assisterait à une tragédie jouée par leurs élèves. La pièce, qui renfermait plus d'une allusion flatteuse à l'adresse du monarque, fut bien accueillie du royal auditoire : le roi daigna en témoigner sa satisfaction aux révérends pères, et leur dire qu'il s'intéressait à la prospérité de leur établissement, qui était son collége. Cette parole fut relevée avec empressement par la flatterie. A peine Louis XIV était-il parti, que le Recteur, en habile courtisan, appela des ouvriers qui travaillèrent toute la nuit, et le lendemain il n'y avait plus de collége de Clermont, et l'ancienne inscription avait fait place à cette autre :

COLLEGIUM LUDOVICI MAGNI.

Indigné de cet acte d'ingratitude vis-à-vis du fondateur et de basse adulation vis-à-vis du nouveau protecteur, un jeune élève fit circuler le distique suivant :

Sustulit hinc Jesum, posuitque insignia regis
Impia gens, alium nescit habere deum.

La croix fait place aux lis, et Jésus-Christ au roi ;
Louis, ô race impie! est le seul dieu chez toi.

Comment croire que l'auteur de ces vers, à peine âgé de seize ans, ait expié cette épigramme par un emprisonnement de trente ans à la Bastille!!!

deux hautes intelligences ne pouvaient manquer de s'apprécier et de s'entendre. L'amour des mathématiques fut le premier lien qui les unit, lien que rendit plus étroit une communauté de sympathies pour Port-Royal et d'aversion pour l'institut des jésuites. Domat initiait Pascal à la connaissance de la théorie des lois; Pascal, en retour, associait Domat à ses expériences sur la pesanteur de l'air. Sur la première page du Digeste qui servait à ses recherches et à ses travaux, Domat avait crayonné de sa main le portrait de son ami; plus tard, pour acquitter peut-être la dette de son frère, madame Marguerite Périer écrivit ou dicta la vie de Domat. L'intimité de ces deux grands hommes ne fut brisée que par la mort de Pascal, arrivée en 1662 : avec son dernier soupir, Domat reçut ses manuscrits les plus secrets et ses plus intimes pensées.

L'ouverture des Grands-Jours de Clermont de 1665, que Domat avait appelés de ses vœux et de ses efforts, lui imposa dans sa charge de nouveaux devoirs.

Ces assises extraordinaires, tenues par des magistrats pris dans le parlement, et envoyés par le roi dans les provinces avec des pouvoirs presque illimités, avaient pour objet d'inspirer par tout le royaume, aux extrémités comme au centre, loin des regards comme sous les yeux du souverain, le respect de la justice, d'étendre à tous, grands et petits, faibles et puissants, la crainte salutaire de la répression, de punir les exactions de la noblesse, et de protéger le peuple contre les vexations des seigneurs, tyrans dans leurs domaines.

L'Auvergne avait eu déjà ses Grands-Jours, à Montferrand, en 1454, 1481 et 1520; à Riom, en 1542 et 1546; enfin à Clermont, en 1582; mais la session de 1665 l'emporta sur toutes les sessions qui l'avaient précédée par sa durée, et par ses résultats, par le nombre et l'importance des affaires, par la qualité et le rang des justiciables. Elle dura en effet quatre mois entiers; plus de douze mille plaintes y furent portées; des affaires civiles d'un haut intérêt, et des affaires criminelles capitales y furent jugées; des sentences de banissement à perpétuité, de confiscation, de mort y furent prononcées; des fonctionnaires, des juges, des prêtres, des gentilshommes, et des plus considérables de

l'Auvergne y parurent comme accusés. « Il suffit de savoir, dit » le chroniqueur des Grands-Jours, Fléchier, que les assassinats, » les meurtres, les enlèvements et les oppressions étaient les » matières communes des jugements, et qu'il y avait un si grand » nombre de criminels qu'on en fit effigier un jour près de trente » à la fois [1]. »

Domat avait été chargé, comme échevin, avec six autres commissaires, de préparer la réception de MM. des Grands-Jours. Ces premiers rapports, qui amenèrent bientôt l'estime et l'amitié, le lièrent avec MM. le président de Novion, le conseiller Lepelletier et l'avocat général Talon. Ces magistrats n'ayant pas tardé à apprécier son mérite et sa fermeté, lui confièrent l'instruction de plusieurs affaires difficiles, et lui donnèrent la mission de mettre sous la main de la justice des coupables puissants qui, dans leurs montagnes ou derrière les murailles de leurs châteaux, bravaient les réquisitoires de MM. les gens du roi. Domat sut répondre à la confiance de MM. des Grands-Jours et allier l'intelligence à la vigueur : les affaires qui lui avaient été renvoyées furent instruites, dans l'intérêt de l'accusation et de la défense, avec autant de sollicitude que d'impartialité : les coupables qui lui avaient été désignés furent arrêtés, non sans une vive résistance et sans de grands dangers pour le courageux avocat du roi, qui essuya plusieurs coups de feu. En quittant Clermont, à la clôture des Grands-Jours, la plupart des magistrats emportèrent de Domat un souvenir qui survécut à l'éloignement, et qu'il retrouva quinze ans plus tard à Paris.

Petit-neveu d'un jésuite, élevé dans un collége et sous la direction de jésuites, Domat fut toute sa vie, chose digne de remarque! ennemi des jésuites, non des personnes, mais des

[1] La Chronique des Grands-Jours a été écrite par Fléchier. En 1665, âgé de trente-trois ans, simple abbé, attaché comme précepteur de son fils à M. de Caumartin, il suivit à Clermont ce maître des requêtes auquel le roi avait confié les sceaux, près la cour des Grands-Jours. Pendant les quatre mois de la session, Fléchier ne trouva rien de mieux à faire que d'écrire pour lui et peut-être pour quelques ruelles de Paris le journal des procès, des fêtes, des aventures auxquels il assistait ou qu'il entendait raconter. Son manuscrit, longtemps inédit, n'a été publié qu'en 1844, par M. Gonod, bibliothécaire de la ville de Clermont, sous les auspices de M. Villemain, alors ministre. Ce livre curieux est aujourd'hui presque épuisé et déjà devenu assez rare.

doctrines, et il ne manqua jamais, dans le cours de sa longue carrière judiciaire, toutes les fois que l'occasion s'en présenta, de défendre avec énergie contre les envahissements de leur société les prérogatives de la Couronne et les franchises de l'Église gallicane. Père de famille, il ne voulut jamais leur confier l'éducation de ses enfants; homme du roi, il réprima en toutes circonstances leurs tentatives d'usurpation.

Ainsi, en 1673, le père Duhamel, de la compagnie de Jésus, prêchait le carême dans la cathédrale de Clermont. Ayant pris pour texte de l'un de ses sermons l'infaillibilité absolue du pape, il eut l'imprudence d'attaquer les maximes du droit public du royaume et les libertés de l'Église de France. Domat, en ayant été instruit, menaça d'informer contre le prêtre ultramontain, et ses poursuites ne s'arrêtèrent que devant une rétractation.

Le collége de Clermont était depuis longues années sagement dirigé par la congrégation de l'Oratoire. Les jésuites, jaloux du succès d'un ordre rival, parvinrent à le chasser et à s'emparer de l'établissement, au grand déplaisir de la population. Domat intervint en faveur des oratoriens expulsés, adressa au roi un mémoire, alla même à Versailles à la tête d'une députation de bourgeois de Clermont; mais les jésuites avaient à la cour un protecteur trop puissant, et les efforts de l'avocat du roi échouèrent cette fois contre le crédit du père Annat, confesseur de Louis XIV, l'un de leurs dignitaires, et qui couvrit les siens de son influence.

Domat était opposé à toute espèce de persécutions : la noblesse de son âme le jetait dans le parti des victimes contre les oppresseurs. Lorsque l'autorité ecclésiastique imposa aux religieuses de Port-Royal la signature du formulaire, il n'hésita pas à se prononcer en leur faveur, et il écrivit contre les exigences de l'intolérance plusieurs factums qui firent sensation lorsqu'ils parurent, mais qui malheureusement n'ont pas survécu à l'événement qui leur donna naissance, et ne sont pas arrivés jusqu'à nous.

De l'homme si nous passons à l'auteur, nous touchons au grand ouvrage qui a immortalisé le nom de Domat, et l'a fait appeler par d'Aguesseau « le jurisconsulte des magistrats, » et

par Boileau « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. » Ce fut dans un but d'utilité personnelle, et pour l'éducation judiciaire de ceux de ses enfants qui voudraient suivre la carrière de leur père, qu'il entreprit le *Traité des lois civiles*. « Mettre » les lois civiles dans leur ordre, distinguer les matières du droit » et les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles » composent naturellement, diviser chaque matière selon ses » parties et ranger en chaque partie le détail de ses définitions, » de ses principes et de ses règles : » tel est le dessein que l'auteur s'était proposé. Les deux premiers résultats obtenus de cet ordre furent « la brièveté, par le retranchement de l'inutile et du » superflu, et la clarté, par le simple effet de l'arrangement [1]. »

La tâche que se donnait Domat, et qu'il était réservé à la Constituante de 1789 et à l'Empire d'exécuter complétement, après une révolution qui avait brisé les résistances et renouvelé les mœurs et les institutions, était, à l'époque où il l'abordait, entourée d'obstacles sans nombre et hérissée de difficultés presque inextricables. La France avait alors ses provinces de droit écrit et ses provinces de droit coutumier; la législation romaine et les coutumes s'étaient partagé son territoire : l'une étendait son empire sur le Midi, les autres s'étaient emparées du Nord. Ces législations souvent opposées, comme deux ennemis sans cesse en présence, n'admettaient pas de concessions. Domat, à l'aide de ce principe « que toutes les matières du droit civil ont entre elles » un ordre simple et naturel, » résolut de les concilier. « Les sou- » mettant les unes et les autres aux principes éternels de la jus- » tice et à l'esprit du christianisme [2], » il les plia sous le même joug, et écrivit son livre.

Encouragé par quelques amis auxquels il communiquait des fragments de son travail au fur et à mesure qu'il les composait, il fit en 1681 le voyage de Paris. Les protecteurs ne lui manquèrent pas : M. Lepelletier, conseiller d'État, M. d'Aguesseau, le père du chancelier, le recommandèrent au roi, qui lui ordonna de rester à Paris, de terminer son traité, et lui accorda une

[1] Préface des *Lois civiles*.

[2] M. Cousin, *Documents inédits* sur Domat, rapportés dans le *Compte rendu* des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, t. 3, p. 120 et suiv.

pension de 2,000 livres. Cette modique pension, qui le mettait à peine au-dessus du besoin, n'était digne ni du grand roi, ni de Domat, ni de l'ouvrage qu'elle avait pour but d'encourager.

En relation avec M. d'Aguesseau, il le consultait volontiers. Un jour qu'il lui avait remis, pour l'examiner, un de ses cahiers qui traitait de l'usure : « Je savais, lui dit-il le lui rendant le ma» gistrat, que l'usure était défendue par l'Écriture et par les lois, » mais je ne la savais pas contraire au droit naturel : votre écrit » m'en a persuadé. »

Le chancelier d'Aguesseau, le fils du précédent, avait hérité de l'affection que son père portait à Domat, et de l'estime qu'il faisait de son livre. « Personne, écrivait-il, n'a mieux approfondi » le véritable principe de la législation. Il descend jusqu'aux der» nières conséquences; il les développe dans un ordre presque » géométrique; toutes les différentes espèces de lois y sont dé» taillées avec les caractères qui les distinguent. C'est le plan » général de la société civile le mieux fait et le plus achevé qui » ait jamais paru, et je l'ai toujours regardé comme un ouvrage » précieux que j'ai vu croître et presque naître entre mes mains. »

Les veilles et les travaux prolongés amenèrent pour Domat, avec les années, les maladies et les infirmités. Atteint d'un asthme et de la pierre, il supporta avec une résignation chrétienne de cruelles souffrances, qu'il acceptait comme une expiation : « C'est un excellent moyen, disait-il quelquefois, dont Dieu se sert pour purifier les hommes. »

Il mourut à Paris, le 14 mars 1695, à l'âge de soixante-dix ans, et fut enterré sans pompe dans le cimetière de l'église Saint-Benoît, sa paroisse [1]. Lorsque le roi eut été informé de sa mort, il ordonna à son peintre, le célèbre Lebrun, de faire son portrait.

La première édition des *Lois civiles* avait paru deux ans auparavant, en 1694, sans nom d'auteur : c'était une habitude de modestie que Domat avait empruntée à ses amis de Port-Royal.

Le temps, qui ne ratifie pas toujours les jugements des contem-

[1] Lorsque la spéculation fit de l'église Saint-Benoît le théâtre du Panthéon, de nombreux travaux d'appropriation furent entrepris. Pendant tout le temps que durèrent les fouilles, M. Rémy, avocat, et le dernier éditeur de Domat, ne quitta pas les ouvriers, espérant retrouver la tombe du grand jurisconsulte; mais aucune découverte ne vint récompenser sa persévérance.

porains et passe au crible les réputations, n'a fait qu'étendre et consolider celle de Domat. De la grande famille des penseurs du XVIIe siècle, il fut à la fois publiciste, philosophe et jurisconsulte. Sa gloire sera d'avoir devancé son siècle, de s'être associé, à cent ans de distance, aux travaux de la Constituante et de l'Empire, d'avoir été le précurseur de la codification et le fondateur de l'uniformité législative : le grand mérite de son œuvre, d'avoir frayé la voie à l'unité de législation, et servi de préface au Code civil.

H. MOULIN.

BIBLIOGRAPHIE.

La 1re édition des *Lois civiles* a paru à Paris, en 5 vol. in-4°, de 1689 à 1697.
La 2e à Luxembourg, en 1 vol. in-f°, 1702.
Depuis, elles ont eu d'assez nombreuses éditions, et ont été publiées :

A Paris, 1717, 1 vol. in-f°;
Avec les additions de d'Héricourt, 1724, 2 vol. in-f°;
Avec les notes de Bouchevret sur le *Legum delectus*, 1735, 2 vol. in-f°;
Avec les notes de Bouchevret, Berroyer et Chevalier, 1744, 2 vol. in-f°;
Avec le supplément de Jouy, 1756-1767, 1777, 2 vol. in-f°.
Cette dernière édition est la plus complète, la meilleure et la plus recherchée.

MM. Carré, conseiller à la Cour d'appel de Paris, et J. Rémy, avocat, ont donné une nouvelle édition des œuvres de Domat : l'un en 9 vol. in-8°, 1822 et années suivantes; l'autre en 4 vol. in-8°, 1828 et années suivantes.

Le *Legum delectus* a été imprimé :

A Paris, 1700, in-4°;
A Amsterdam, 1703, in-4°.

Il a paru plusieurs contrefaçons des *Lois civiles*, mais il est facile de les reconnaître.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

DOCTRINE ET JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'APPEL COMME D'ABUS, par M. Anselme BATBIE, ancien auditeur au Conseil d'État, professeur suppléant à la Faculté de droit de Dijon.

L'auteur de ce traité déclare qu'il ne s'est proposé que de présenter une exposition sommaire d'histoire, de législation, de doctrine et de jurisprudence; et c'est peut-être là le reproche le plus grave et le mieux fondé qu'il soit permis de lui adresser. La connaissance toute spéciale des détails d'une matière aussi délicate et aussi peu connue, qu'il révèle à chaque page, la netteté de son esprit, la rectitude de son jugement, la clarté et l'élégance de son style, tout nous fait regretter qu'il n'ait pas donné au public un livre au lieu d'une brochure, et qu'il se soit renfermé dans le rôle trop modeste de rapporteur. Avec une méthode aussi sûre que celle dont M. Batbie fait preuve, il ne devait pas craindre d'embrasser le plan d'un ouvrage complet sur l'appel comme d'abus, et de dresser un cadre dans lequel seraient venues se ranger toutes les difficultés de son sujet. Avec les brillantes qualités de sa plume, il était assuré d'avance de réussir dans l'exécution de son plan, quel qu'il fût, et de ne pas rester, comme écrivain, inférieur à lui-même. Son livre, d'ailleurs, conçu dans des proportions plus larges, aurait pu recevoir de l'auteur une plus grande valeur scientifique. M. Batbie aurait pu s'attacher plus fortement à la recherche des principes un peu obscurs qui dominent la législation et la jurisprudence qu'il étudiait, les mettre plus en relief, et imprimer ainsi à son travail un caractère plus marqué d'unité et d'élévation. Le lecteur n'aurait pas seul gagné, à notre avis, si pour son coup d'essai le jeune professeur avait osé davantage.

Et qu'il ne se plaigne pas si nous insistons sur l'expression de notre regret à cet égard. C'est lui qui, par le mérite de son œuvre, a donné à la critique le droit d'être sévère. Il est du petit nombre de ces écrivains à qui l'on peut demander compte non

pas seulement de ce qu'ils font, mais aussi et surtout de ce qu'ils ne font pas, et pour qui ce n'est pas assez d'avoir accompli avec talent et succès la tâche qu'ils ont entreprise, s'ils pouvaient plus entreprendre encore.

Cette réserve faite, nous aimons à constater que M. Batbie justifie les espérances que doivent faire concevoir ses titres d'ancien auditeur au Conseil d'État et de professeur dans une de nos facultés de droit. Il n'a entendu offrir au public qu'une exposition sommaire, et du moins il l'a présentée aussi complète qu'il le pouvait, et a su, malgré la brièveté de son travail, y répandre suffisamment d'intérêt. Les détails et les renseignements se pressent sous sa plume, et les principes sont, non pas développés comme nous l'aurions souhaité, puisqu'en adoptant un cadre trop restreint il s'était interdit à lui-même de larges développements, mais indiqués de façon à ne pas échapper au lecteur attentif; ils se découvrent à son esprit, et M. Batbie lui laisse ensuite le soin de cultiver et de faire fructifier les germes qu'il a semés en passant dans son livre.

Ce travail se divise en trois parties : dans la première, l'auteur résume rapidement l'histoire de l'appel comme d'abus; dans la seconde, il examine successivement les différents cas d'abus prévus par l'article 6 de la loi du 18 germinal an X; la troisième, enfin, est consacrée à la question de compétence et aux formes de la procédure.

La seconde partie était assurément la plus importante. C'est celle qui a été traitée avec le plus d'étendue et le plus d'attention; c'est celle aussi qui a le mieux répondu à ce que nous attendions. Chacun des paragraphes de l'article 6 y est repris à son tour, et sous chaque numéro l'auteur, qui a pu puiser aux archives du conseil d'État, fait mention des espèces les plus intéressantes qui se sont produites soit de nos jours, soit dans les premiers temps, et enseigne le dernier état de la jurisprudence. Quand la doctrine s'en écarte ou qu'un dissentiment existe entre les jurisconsultes qui ont de l'autorité en droit administratif, il ne manque pas de nous en avertir; il nous dit alors quel sentiment il adopte. Seulement (et c'est là une conséquence du plan même qu'il a suivi) il se contente de le dire en indiquant la rai-

son qui le détermine, mais sans nous mettre assez complétement sous les yeux les divers moyens de décider pour ou contre; la question est posée, la solution annoncée, mais elle n'est pas discutée et le procès n'est pas instruit. La solution du moins est, en général, très-judicieusement choisie, soit que l'auteur se range à l'une des opinions précédemment formulées, soit qu'il se l'approprie en la modifiant; nous avons rarement été tenté de le contredire. Signalons toutefois comme moins satisfaisant le terme de conciliation qu'il propose entre les deux avis qui ont été émis et défendus au sein du Conseil relativement au délai dans lequel devait être interjeté l'appel comme d'abus (p. 132). Pour accorder ces avis différents, M. Batbie voudrait qu'on s'en reposât sur la prudence du Conseil du soin de prononcer dans chaque affaire si le recours a ou n'a pas encouru la déchéance en raison de sa tardiveté, sans règle, sans principe. Il nous semble que M. Batbie s'est un peu trop abandonné à cette tendance de l'administration de s'affranchir le plus qu'elle peut des règles préfixes qui gêneraient à l'occasion l'indépendance de ses mouvements, et de trancher les causes d'après les nécessités particulières de chaque espèce. Une loi certaine et égale pour tous nous paraît toujours préférable.

Les deux autres parties offrent moins d'intérêt; l'auteur, dominé par le besoin d'être court, nous semble les avoir trop sacrifiées; et on peut lui reprocher, surtout dans la partie historique, un peu de sécheresse. Sans doute l'histoire ne devait tenir dans son ouvrage qu'une place tout à fait secondaire. Mais quelques détails sur les premières procédures d'appel comme d'abus auraient pu, sans beaucoup grossir ce petit volume, jeter de la lumière sur l'origine jusqu'ici si mal connue de l'institution, et nous éclairer sur la valeur des deux opinions hostiles et absolues que M. Batbie condamne, et sur celle qu'il met lui-même en avant.

Enfin il manque quelque chose à ce livre. C'est une bonne bibliographie de la matière et une table détaillée. C'est en vue de l'utilité pratique, à l'intention des hommes livrés aux affaires qu'il a été conçu, et il serait encore plus utile s'il était complété par ces accessoires.

Quoi qu'il en soit, et même dans ces proportions restreintes, l'ouvrage de M. Batbie est remarquable et par sa conception et par son exécution; nous n'hésitons pas à le placer au rang des bons livres. Nous aurions pu le louer davantage et le moins critiquer; nous l'aurions dû peut-être, et ce n'eût été que justice. Mais il faut que M. Batbie sache bien qu'il doit beaucoup et à lui-même et à la science à laquelle il s'est voué; qu'il ne s'acquittera qu'en produisant tout ce qu'il est capable de produire, et que le public est en droit de lui demander plus qu'à bien d'autres. Après les brillants concours dans lesquels il a conquis d'abord le titre d'auditeur au Conseil d'État, puis celui de professeur suppléant, alors qu'il avait à peine atteint l'âge de concourir, il ne lui est pas permis de se reposer. Qu'il ne l'oublie pas : le talent oblige.

FL. MIMEREL.

LE BARREAU ROMAIN, par M. GRELLET-DUMAZEAU, conseiller à la Cour d'appel de Riom. — DU BARREAU ET DE LA MAGISTRATURE, suivis d'un Essai sur les juridictions, par M. Frédéric BILLOT, avocat.

I. — Les avocats qui pénètrent le sens caché des contrats, qui, par la puissance de leur argumentation dans les affaires publiques et privées, relèvent des ruines ou les préviennent, ne sont pas, disait l'empereur Léon (C. Justin., *De adv. div. judic.*, c. 14), moins utiles au genre humain que s'ils donnaient leur sang dans les combats pour leur patrie et pour leur famille. A nos yeux, les défenseurs de notre empire ne sont pas seulement ceux qui combattent avec le glaive, le bouclier et la cuirasse; les avocats le servent aussi, eux qui, avec la modestie qui convient à la véritable éloquence, rendent l'espérance au malheureux qui souffre, protégent sa vie et ses enfants.

A ce tableau on opposera peut-être la définition suivante, que rapporte Quintilien dans son *Traité de l'orateur*, II, 16 : « L'éloquence est un art qui arrache le coupable à la peine qu'il a méritée; qui, par ses artifices, amène quelquefois la condamnation des innocents; qui fait juger les tribunaux de travers; qui n'excite pas seulement les mouvements populaires et les séditions,

mais encore les guerres les plus néfastes, dont l'usage le plus ordinaire est de faire prévaloir le mensonge sur la vérité. »

Si j'avais à me prononcer entre ces appréciations contradictoires, je n'hésiterais pas à dire que la vérité est bien plus dans la bouche de l'empereur louant des qualités que suppose la profession d'avocat, que dans celle du critique enveloppant dans un mépris commun et l'orateur qui se dévoue aux intérêts qui lui sont confiés, et celui qui fait métier de sa profession. A l'appui de mon opinion, je n'aurais qu'à invoquer les noms illustres du barreau qui ont de tout temps honoré les peuples civilisés.

L'ouvrage de M. Grellet-Dumazeau est le portrait fidèle et plein d'enseignements de la Rome judiciaire. Ce savant magistrat, enlevé trop tôt à l'étude, a consacré de pénibles labeurs à reconstruire un édifice dont les matériaux étaient épars : comme tous les hommes vraiment érudits, il a toujours puisé aux sources; et plus consciencieux que certains écrivains très-réputés, que Montesquieu, par exemple, peut-être aussi plus sûr de ses interprétations, il a constamment cité ses autorités, de telles citations lui ayant paru la meilleure garantie de la conscience de l'écrivain.

Le travail de M. Grellet-Dumazeau embrasse la longue période qui s'est accomplie entre les origines de la cité romaine et la compilation des Pandectes. Une introduction est consacrée à l'exposé des juridictions criminelles et civiles chez les Romains. On pourrait s'étonner de la part d'étendue que l'auteur a faite à ces deux genres de juridictions : il consacre à peine quinze pages aux juridictions civiles, tandis qu'il en accorde vingt aux juridictions criminelles. Ce partage a sans doute sa raison d'être dans ce fait que les juridictions criminelles sont moins connues que les premières, et nécessitent de plus longues explications.

Abordant ensuite les origines du barreau romain, après avoir indiqué les rapports entre les *patrons* et leurs *clients*, l'auteur signale les premières traces de la profession d'avocat, comme indépendante et *sui generis*, dans les difficultés soulevées à la suite de la publication de la loi des Douze-Tables. — L'affranchissement de l'avocat et du jurisconsulte fut complet lorsque, en

429 de Rome, Cnéius Flavius, greffier des pontifes, eût publié un formulaire des actions et affiché les fastes en plein Forum.

M. Grellet-Dumazeau reproduit des renseignements intéressants sur l'éducation qu'on donnait à la jeunesse romaine. Il fait remarquer que la plaidoirie fut longtemps considérée comme une sorte d'initiation aux devoirs civils, comme un stage préalable aux magistratures; que les princes eux-mêmes, Tibère, Caligula, Germanicus, Claude, subirent cette loi, coutume caractéristique plus précieuse pour l'histoire que le récit de vingt batailles.

A quelle époque les avocats ont-ils existé à Rome comme corporation? — Quelles étaient les personnes auxquelles la plaidoirie était interdite? — Quelles étaient les incompatibilités, les conditions d'admission, les études préparatoires? — Les avocats étaient-ils soumis à une discipline? — Quels étaient leurs priviléges? — M. Grellet-Dumazeau traite toutes ces questions avec une grande sagacité, et fait constamment preuve d'une incontestable érudition.

Un chapitre de son ouvrage est consacré aux *honoraires*. L'auteur s'occupe ensuite de l'exercice de la profession d'avocat. Prenant l'avocat dans son cabinet, il le suit à l'audience et nous fait assister aux plaidoiries. Il relève avec soin l'extrême liberté de parole qu'on laissait aux avocats dans les débats judiciaires, et signale les abus qui en résultaient souvent.

M. Grellet-Dumazeau était naturellement amené à étudier l'influence de la philosophie sur le barreau romain. Le vingt-quatrième chapitre de son livre est consacré à cet examen. L'écrivain signale la part que prirent les hommes du barreau au mouvement des intelligences produit par l'invasion sur le sol latin des doctrines importées d'Athènes. C'est à la philosophie grecque que le discours dut de prendre une forme arrêtée et de se produire avec une argumentation réglée et disciplinée; c'est aussi à cette philosophie qu'il emprunta le sophisme et l'abus des saillies.

Une biographie d'Hortensius et la relation du procès de Clodius terminent heureusement cet excellent ouvrage, digne à tous égards d'attirer l'attention des hommes sérieux.

II. — Quoique inférieur au *Barreau romain* sous le rapport

de l'érudition, du style et de la critique, l'ouvrage de M. Billot n'est pas dépourvu d'intérêt. La phrase suivante, que j'extrais de l'introduction, me paraît propre à donner au lecteur une idée de ce travail : « La patrie a été, dit l'auteur, dans cette période sexagénaire, alternativement à la merci des fureurs d'une multitude toujours égarée quand elle n'était pas sanguinaire, d'un soldat audacieux, d'un *quoique* couvert de sang et de boue, ou de saltimbanques jouant pour la deuxième fois au fratricide avec le drapeau de la fraternité ! » — Un pareil exorde n'est pas de nature à faire présager l'impartialité rigoureuse qu'on aime à rencontrer dans les travaux sérieux, et dispose facilement à croire que le barreau est un thème choisi par l'auteur pour attaquer des hommes et des idées qui ne sont pas de son goût.

Quoi qu'il en soit, l'ouvrage est divisé en quatre parties. La première partie contient l'exposé historique du barreau français; la seconde, la critique du système d'études qui a prévalu; la troisième traite des réformes proposées par l'auteur, et la dernière s'occupe des diverses juridictions et des réformes qu'elles nécessitent.

La partie relative aux réformes est la plus importante. M. Billot propose la *claustration* des étudiants, la limitation du nombre des avocats, l'abolition des honoraires, et pour la magistrature un nouveau mode de recrutement. A coup sûr, ces divers points méritent d'être pris en sérieuse considération. Mais, il faut bien le dire, le remède offert ne me paraît pas toujours acceptable. Je trouverais mauvais, par exemple, qu'à l'honoraire on substituât un traitement payé par le Trésor public, à l'instar de celui que reçoivent les fonctionnaires; et je ne vois aucun avantage à remplacer le mode de propositions suivi pour le recrutement de la magistrature par des listes que présenterait le barreau.

DOMENGET,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

Concours de 1853.

L'Académie de législation de Toulouse a tenu sa séance publique annuelle le dimanche 4 juillet 1852. Elle a décerné une médaille d'or de la valeur de 200 francs à M. Rivière, docteur en droit, avocat à Dijon, pour son mémoire sur la question mise au concours et ainsi formulée : « Du régime de la propriété mobilière en France. »

L'Académie a donné pour sujet du concours de 1853 la question suivante : *Des prohibitions d'aliéner résultant soit des dispositions de dernière volonté, soit des conventions. — De leurs effets juridiques. — De leur influence au point de vue de l'ordre public et de l'intérêt privé.*

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 fr.

Les mémoires devront être adressés, francs de port, au secrétaire perpétuel de l'Académie de législation, à Toulouse, place Saint-Étienne, 4, avant le 31 mars 1853, terme de rigueur. Un récépissé en sera fourni.

Ils devront porter en tête une devise ou épigraphe qui sera transcrite sur une enveloppe cachetée, contenant un billet sur lequel seront mentionnés les nom, profession et domicile de l'auteur.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'avril 1852.

Par M. PAUL PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. *Communauté; retrait d'indivision.* — A quelle condition l'acquisition de part d'un immeuble dont l'un des époux est déjà propriétaire pour partie procure-t-elle un propre à cet époux? Spécialement : faut-il que l'acquisition fasse cesser l'indivision?
2. *Communauté; condamnation; récompense.* — Le mot *condamnation* dont se sert l'article 1425 C. Nap., emporte-t-il les réparations civiles aussi bien que les condamnations criminelles? Spécialement : les dommages-intérêts prononcés contre le mari à raison d'un crime tombent-elles à la charge de la communauté, ou frappent-elles uniquement ses biens personnels et sa part dans ladite communauté?
3. *Communauté; réalisation; estimation; prélèvement.* – La présomption d'acquêts que l'article 1499 C. Nap. fait résulter du défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme peut-elle être détruite par une preuve contraire, et spécialement, lorsqu'à défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme, le contrat de mariage stipulant la communauté d'acquêts porte estimation du mobilier appartenant à la femme au moment du mariage, la présomption d'acquêts doit-elle céder relativement à ce mobilier?
4. *Louage; pailles et fumiers.* — L'obligation imposée au fermier de convertir en fumier les pailles de sa récolte a-t-elle pour effet de l'obliger à laisser, sans indemnité, les pailles et engrais de la dernière année, alors qu'il n'a pas reçu ceux de la première? Renvoi.
5. *Puissance maritale; force publique.* — Le mari dont la femme refuse de demeurer avec lui, peut-il employer la force publique pour la contraindre à rentrer dans le domicile conjugal? Renvoi.
6. *Enregistrement; partage d'ascendant.* — La donation entre-vifs jouit-elle de la réduction du droit de mutation établie en faveur des partages d'ascendant, lorsqu'au lieu de se dessaisir actuellement, l'ascendant donne des sommes payables à des époques déterminées et imputables sur sa succession?

1. — (DOUAI, 13 JANV. 1852; *Devill.*, 52, 2, 213.) — L'article 1408 C. Nap., qui attribue comme propre à l'un des époux la part acquise, même avec les deniers de la communauté, d'un immeuble dont cet époux était déjà propriétaire par indivis, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour

l'acquisition, peut-il recevoir application même dans le cas où l'indivision ne cesse pas entre les copropriétaires par l'effet de l'acquisition? Ceci est un point qui ne nous avait pas paru pouvoir être mis en question, et nous avions posé en principe, dans notre *Traité du contrat de mariage*, que pour que l'article 1408 soit applicable, il faut que la vente fasse cesser l'indivision d'une manière absolue; que si elle n'était consentie que par quelques-uns des copropriétaires et non par tous, elle ferait des conquêts (*V.* t. I, n°s 482-485). Depuis, ce principe (qu'il nous soit permis de qualifier encore notre proposition ainsi) a été contredit par notre collaborateur et ami M. Marcadé, dans son commentaire de l'article 1408, n° 1, *in fine*, et par un arrêt de la Cour d'Amiens du 22 juin 1848 (*V. J. P.*, 1849, 2, 248). Mais un arrêt plus récent rendu par la Cour de cassation, le 10 juillet 1850, l'ayant remis en lumière, nous sommes revenu, à l'occasion de cet arrêt, sur ce point de droit, dont nous avons fait l'objet d'une dissertation spéciale dans cette *Revue* (*V.* t. I, p. 203 et suiv.) — M. Marcadé, qui, on le sait et on l'en estime d'autant plus, porte à défendre ses doctrines toute l'assurance et toute l'ardeur propres aux esprits fortement convaincus, a pris texte de notre dissertation pour revenir à son tour, dans cette *Revue*, sur ce point de droit qui n'avait pas fait question avant lui, et qui sans lui peut-être n'eût jamais fait question, et s'annonçant, dès l'abord, comme prenant la plume non pas pour perpétuer, mais pour expliquer une dissidence qui n'était plus qu'apparente, il est entré en matière et a consacré d'assez nombreuses pages à établir ce rapprochement d'opinions qu'il avait annoncé (*V.* t. I, p. 528 et suiv.).

Les premières lignes de cette dissertation nous avaient donné à penser que nous n'étions séparé de notre collaborateur et ami que par quelque malentendu, qu'entre son opinion et la nôtre il y avait une dissidence de détail, non de principe, et qu'au moyen de concessions réciproques, elles allaient se rencontrer sur un terrain commun. C'était une fausse croyance; M. Marcadé nous a combattu dans tous nos raisonnements; il nous a contesté une à une toutes les autorités auxquelles nous avions demandé quelque appui; et en fin de compte il a voulu établir que

seul nous faisons les frais du rapprochement, et que si nous marchions ensemble et d'accord aujourd'hui, c'est que nous avons pris son pas.

Comment cela s'est-il fait? comment de cette proposition absolue : « l'acquisition ne fait un propre qu'à la condition de faire cesser l'indivision, » en serions-nous venu à celle-ci : « l'acquisition procure un propre alors même qu'elle ne fait pas cesser l'indivision? » Nous n'aurions pas jugé à propos de le dire, et nous aurions laissé au lecteur le soin de se prononcer sur un débat dont il a les éléments sous les yeux, si nous n'avions eu à lui signaler l'arrêt récent de la Cour de Douai, du 13 janvier 1852, qui met dans tout son jour la vérité du principe que nous avons soutenu, et en fait la plus saisissante application[1].

Entre autres avantages que cet arrêt nous assure, il a celui de ne pas prêter à l'équivoque. M. Marcadé est difficile sur les autorités qui lui sont opposées; mais après avoir rejeté, bien à tort, nous le verrons bientôt, toutes celles que nous avions invoquées, récusera-t-il encore celle-ci? Nous ne le croyons pas. Voici, en effet, comment la Cour de Douai pose, en tête de son arrêt, le principe d'où doivent découler ses solutions ultérieures : « Attendu que la disposition exorbitante de l'article 1408 C. civ. (dérivée du même principe que l'article 883 du même Code, en matière de succession), laquelle attribue comme propre à l'un des deux époux le bénéfice d'une acquisition faite avec les deniers de la communauté, ne peut recevoir d'application que lorsqu'elle fait définitivement cesser toute indivision entre les copropriétaires; qu'en fixant la propriété de la chose exclusivement sur la tête de l'époux qui, de son chef, en possédait déjà une partie, le législateur a eu en vue la conservation des biens dans les familles, et que ce serait manifestement fausser ses intentions que d'étendre la disposition dont s'agit à l'acquisition d'une fraction d'immeuble qui, laissant subsister l'indivision, livrerait le sort de la propriété à toutes les chances d'une licitation. » Voilà donc le principe bien nettement posé.

[1] Nous avons été chargé de recueillir cet arrêt pour le *Journal du Palais*, et nous avertissons le lecteur que la dissertation ci-dessus est extraite de la note dont nous avons fait suivre l'arrêt dans cette collection.

Et en vérité, nous sommes surpris que cette proposition si simple trouve un contradicteur en M. Marcadé, que ses précédents juridiques peuvent à bon droit faire considérer comme l'homme des principes; car enfin, cette acquisition à laquelle l'article 1408 donne la vertu de faire un propre par exception à la règle d'après laquelle les acquisitions faites à titre onéreux pendant le mariage procure des conquêts, qu'est-elle dans la pratique? et quel est le nom qu'elle y a reçu? C'est le *retrait d'indivision*, M. Marcadé nous le dit lui-même. Le retrait d'indivision! mais alors admettez que l'indivision doit cesser par l'effet de l'acquisition; sans quoi, si la chose reste indivise après comme avant l'acquisition, l'opération n'est pas celle que votre dénomination a définie; vous n'avez pas le *retrait*, vous avez le *maintien* d'indivision. D'ailleurs, nous l'avons dit, cette donnée première est pleinement confirmée par la réflexion. A quels actes l'article 1408 attribue-t-il cet effet d'accroissement qu'il établit? A tous actes équivalant à partage; tous les auteurs, sauf M. Marcadé, sont d'accord sur ce point. Or précisément l'effet du partage et des actes équipollents est de faire cesser l'indivision. L'accroissement ne saurait donc être produit par une acquisition qui laisserait cette indivision subsistante. L'application de la loi, dans ce cas, n'aurait plus de raison plausible; car si l'époux propriétaire ne traite pas de manière à empêcher qu'une portion de la chose aille se perdre en d'autres mains que les siennes, sous quel prétexte raisonnable pourra-t-il invoquer la disposition d'un article dont la pensée fondamentale a été précisément de favoriser ce sentiment exclusif qui pousse à acquérir la part que l'on n'a pas à cause et pour l'amour de celle qu'on a, et afin, comme le dit très-bien M. Troplong, d'éliminer un copropriétaire et de rester maître du tout?

Qu'oppose M. Marcadé à ces considérations décisives? Des raisonnements et des autorités qui ne les infirment pas. M. Marcadé excipe d'abord de l'arrêt Vimard du 30 janvier 1850 (*J. P.*, 1850, 2, 346; Dalloz, 50, 1, 171; Devill. et Car., 50, 1, 279), par lequel la Cour de cassation, rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen du 10 mars 1849, juge, avec cette dernière Cour, que l'article 1408 C. Nap. est applica-

ble, soit que l'acquisition ait eu lieu par plusieurs actes distincts et successifs, soit qu'elle ait eu lieu par un seul et même acte. Mais la Cour aurait-elle entendu juger par là que chacun des actes successifs aurait procuré un propre à l'époux copropriétaire, alors même qu'en fin de compte l'indivision n'aurait pas cessé? Assurément non! et nous n'en voulons pour preuve que l'arrêt Dutheil rendu par la même Cour, le 10 juillet 1850 (*J. P.*, 1850, 2, 666; Devill. et Car., 50, 1, 731), à quelques mois de date de l'arrêt Vimard, et par lequel la Cour, en rejetant un pourvoi fondé sur la violation de l'article 1408, dit, entre autres choses, que le *cessionnaire n'ayant acheté que la portion indivise de l'un des cohéritiers, sans faire cesser l'indivision avec les autres cohéritiers*, il ne s'agit plus de savoir si l'article 1408 doit recevoir application. La Cour de cassation reconnaît donc là que, pour que cet article soit applicable, il faut que l'indivision prenne fin dans l'acte d'acquisition. Et M. Marcadé fait de vains efforts pour établir que l'arrêt est étranger à la question. M. Marcadé ne peut pas changer l'état des faits sur lesquels s'est produit le débat; il ne peut pas faire que l'application de l'article 1408 n'ait pas été demandée dans le cas d'une acquisition partielle laissant subsister l'indivision, que l'application de cet article n'ait pas été refusée dans ce cas, que la décision n'ait pas été déférée, de ce chef, à la censure de la Cour de cassation comme violant ledit article, enfin que la Cour de cassation n'ait pas considéré que l'indivision n'ayant pas cessé avec tous les héritiers, il ne pouvait plus s'agir de savoir si cet article était ou non applicable. La question est donc directement jugée; et, de tous les auteurs qui l'ont prévue, M. Marcadé seul s'y est mépris, car M. Troplong, dans l'addition qu'il a publiée avec la table de son commentaire sur le *Contrat de mariage*, a dit comme nous : « L'arrêt de rejet du 10 juillet 1850 est positivement fondé sur ce que l'achat fait par les époux Dutheil n'avait fait entrer dans leurs mains qu'une portion indivise appartenant à l'un des cohéritiers, sans faire cesser l'indivision avec les autres cohéritiers. Il est donc bien expressément jugé que l'article 1408 est sans application lorsque l'achat laisse continuer l'indivision et que la présomption légale dont il est l'expression cesse si l'événement

prouve que cet achat n'avait pas été dirigé par la pensée de rendre l'époux propriétaire unique de la totalité de la chose [1]. »

Or, en jugeant cela, la Cour de cassation se serait-elle mise en opposition avec ce qu'elle avait jugé quelques mois avant par l'arrêt Vimard du 30 janvier 1850 opposé par M. Marcadé? Évidemment non. « Il a été dans l'esprit de l'arrêt Dutheil, dit encore M. Troplong dans l'addition précitée, de se concilier avec l'arrêt Vimard ; les considérants portent à cet égard une énonciation expresse. De plus, la réflexion prouve que les deux solutions ne sont pas en opposition. Dans l'affaire Dutheil, l'indivision avait continué après l'acquisition des époux Dutheil, et ce n'était pas à leur profit que la licitation s'était faite, en définitive. On ne pouvait donc pas supposer que le désir de conserver à la femme Dutheil la totalité de la chose eût dirigé l'achat dont il s'agissait de préciser le caractère. C'était un achat comme un autre, un achat partiel de droits successifs, qui ne pouvait profiter qu'à la société d'acquêts. Au contraire, dans l'affaire Vimard, le mari était parvenu à éliminer successivement tous les cohéritiers; seulement il avait fait à plusieurs reprises ce qui se fait souvent en une fois. Mais qu'importe, puisque, par l'événement, il était arrivé au même résultat? Il avait montré jusqu'au bout qu'il ne voulait pas avoir à côté de lui des copropriétaires, et que l'indivision lui déplaisait. Ceci posé, il est clair qu'il n'avait pas poursuivi ce but pour mettre à la place de la communauté héréditaire une autre sorte de communauté, à savoir la communauté conjugale. L'article 1408 était donc applicable, et la jurisprudence a bien fait de l'appliquer. » Voilà, en effet, comment les deux arrêts des 30 janvier et 10 juillet se combinent et se concilient entre eux ; c'est aussi ce qu'ont dit avec raison le *Journal du Palais* et la *Collection* de M. Devilleneuve sur l'arrêt

[1] On voit si nous avions eu raison d'invoquer le témoignage de M. Troplong, que M. Marcadé a cependant récusé comme ne traitant pas la question. A la vérité nous n'avions pas opposé cette addition, dont nous n'avions pas eu connaissance quand nous avons publié notre dissertation dans cette *Revue*; mais elle vient à point aujourd'hui pour établir que nous avions bien apprécié le sentiment de l'auteur, en rattachant aux principes par lui exposés cette conséquence que l'acquisition partielle laissant subsister l'indivision ne fait pas un propre, et au contraire que M. Marcadé avait refusé à ces principes leur portée naturelle, en supposant que cette conséquence n'en découlait pas.

du 30 janvier, lorsque, après avoir formulé le jugé de cet arrêt, à savoir que l'article 1408 est applicable, soit que l'acquisition ait eu lieu par plusieurs actes distincts et successifs, soit qu'elle ait eu lieu par un seul et même acte, ils ont ajouté : « Mais il faut que ces actes aient fait cesser complétement l'indivision » ; c'est ce que nous exprimions nous-mêmes lorsque, en revenant sur la question, à l'occasion de l'arrêt du 10 juillet, nous disions, dans cette *Revue* (t. I, p. 208) : « L'acquisition *totale* réalise seule la condition à laquelle est subordonné le principe d'accession posé dans l'article 1408, et il importe peu que cette acquisition procède d'un seul ou de plusieurs actes successifs dès, qu'en définitive, l'indivision cesse d'exister. »

Mais ici, M. Marcadé nous arrête, et il présente ce tempérament comme une concession par laquelle nous admettrions, sans le remarquer peut-être, dit-il, avec une partie de sa solution, le principe même qui en fait la base et qui dès lors doit emporter l'autre partie. Comment donc ce tempérament, que la nécessité des choses commande et que, du reste, nous ne sommes pas seul à proposer, on l'a vu, peut-il impliquer l'abandon d'une doctrine que nous considérons toujours comme fondamentale? Le voici, d'après M. Marcadé : « Si deux acquisitions successives, dit-il, et dont chacune est nécessairement partielle, rendent l'immeuble entier propre à l'époux, c'est donc que la première de ces deux acquisitions, quoiqu'elle n'ait pas fait cesser entièrement l'indivision, lui a rendu propre la portion sur laquelle elle portait,... Ainsi, M. Pont se rapproche de nous, au moyen d'une distinction, en reconnaissant que cette acquisition partielle donnera un propre quand elle sera suivie de l'acquisition du reste de l'immeuble ; et en continuant de dire qu'elle fera un conquêt dans le cas contraire. Mais cette concession d'une partie de notre solution doit emporter logiquement la concession de l'autre partie : l'abandon du principe sur lequel reposait la doctrine conduit à l'abandon de la doctrine entière, et la distinction entre l'acquisition partielle, qui est suivie de l'acquisition postérieure du reste de celle qui ne l'est pas, n'est pas admissible d'après les principes.... Quel que soit l'effet produit par un acte, il est clair qu'un acte postérieur ne peut pas faire que ce premier

acte ait produit un effet différent... Quand j'achète une portion seulement d'un bien indivis, l'achat postérieur que je fais du reste de ce bien ne peut pas empêcher que mon premier acte n'ait été que l'acquisition d'une portion, qu'une acquisition partielle et laissant subsister l'indivision.... Par conséquent, reconnaître que cette acquisition partielle ainsi suivie de l'acquisition ultérieure du surplus, en d'autres termes une série d'acquisitions séparées, doit recevoir l'application de l'article 1408, c'est reconnaître que cet article n'est point un corrollaire de l'article 883, qu'il ne demande point un acte équivalent à partage, et qu'il s'applique aussi bien dès lors à l'acquisition partielle non-suivie de l'acquisition du reste du bien, qu'à celle qui en est suivie...» (*V. Revue critique*, t. 1, p. 534 et suiv.) — N'en déplaise à notre ingénieux contradicteur, tout ceci n'est qu'une équivoque dont, l'arrêt de Douai aidant, nous allons essayer de sortir. Qu'un acte postérieur ne puisse pas changer la nature d'un acte préexistant, et spécialement que l'acquisition que je fais aujourd'hui du reste d'un immeuble dont j'avais acheté hier une partie, ne puisse pas faire que l'acquisition d'hier ait été une acquisition totale et non partielle, cela est vraiment si évident, que M. Marcadé n'avait pas à prendre la peine de le dire. Mais ce qui n'est pas moins évident, et ce qu'il faut cependant rappeler, c'est que la propriété ne s'acquiert pas toujours d'une manière définitive et incommutable, et que des faits ultérieurs peuvent avoir sur une acquisition préexistante une influence telle que la propriété soit déplacée. Par exemple, je suis propriétaire de plusieurs immeubles, et il me convient aujourd'hui de vous en donner un; la propriété vous en est transmise : mais je me marie plus tard, et il me survient un enfant, ou bien encore vous commettez des actes d'ingratitude à mon égard; je vous fais déposséder et je reprends ma chose, car vous ne l'aviez acquise que sous la condition résolutoire tacite que vous ne seriez pas ingrat envers votre bienfaiteur, ou qu'il ne lui surviendrait pas d'enfant. Par exemple, encore, je suis membre d'une société de laquelle dépendent des immeubles; la société va se dissoudre et se liquider, et je vous vends un de ces immeubles; mais l'événement de la liquidation fait tomber cet immeuble dans le lot de l'un de mes

coassociés ; vous n'en avez pas la propriété, car vous ne l'avez acquise de moi que sous la condition que l'immeuble me serait attribué par la liquidation. (*V.* sur des situations analogues M. Marcadé lui-même, art. 1021, n° 2, § 5). Eh bien ! là est l'explication de toute notre pensée par rapport aux acquisitions partielles faites par un époux copropriétaire dans un immeuble indivis. Nous disons, avec M. Marcadé, que l'acquisition partielle sera toujours une acquisition partielle, quels que soient les événements ultérieurs ; mais nous disons de plus que, suivant l'événement, cette acquisition partielle sera pour l'époux ou pour la communauté. Au moment où elle est faite, elle procure bien un propre à l'époux, quoique l'indivision subsiste encore après l'acquisition ; mais elle ne lui procure un propre que provisoirement et sous la condition d'acquérir plus tard les autres parties de l'immeuble et d'en réunir ainsi la totalité sur sa tête. Si cette condition vient à défaillir, si l'époux copropriétaire laisse des fractions de l'immeuble se perdre en d'autres mains, l'acquisition partielle qu'il avait faite d'abord ne sera rien pour lui ; comme l'événement a prouvé que cette acquisition n'avait pas été inspirée par la pensée de rendre l'époux propriétaire unique de la totalité de la chose ; comme, ainsi que le dit M. Troplong, la présomption légale dont l'article 1408 est l'expression, cesse définitivement et inévitablement, cette acquisition suivra le sort commun à toutes les acquisitions faites à titre onéreux pendant le mariage, elle restera sous l'empire de la règle générale, et, par une sorte d'effet rétroactif, elle sera considérée comme ayant été faite *ab initio* pour le compte de la communauté....

Est-ce là, comme le dit M. Marcadé, déserter notre doctrine et abonder dans la sienne ? Évidemment non ! M. Marcadé reste dans cette idée que l'acquisition partielle fait un propre définitivement et alors même que l'indivision ne cesse pas ultérieurement par l'effet d'autres acquisitions. Or, cette idée, nous la considérons toujours comme inexacte, *en principe*, comme absolument contraire à la pensée de la loi « car, dit très bien la Cour de Douai, en fixant la propriété de la chose exclusivement sur la tête de l'époux qui, de son chef, en possédait déjà une partie, le législateur a eu en vue la conservation des biens dans les

familles, et c'est manifestement fausser ses intentions que d'étendre la disposition dont s'agit à l'acquisition d'une fraction d'immeuble qui, laissant subsister l'indivision, livre le sort de la propriété à toutes les chances d'une licitation. » Nous n'allons donc pas à l'opinion de M. Marcadé. Et nous n'abandonnons rien non plus de la nôtre. Car qu'avons-nous dit? que, pour que l'article 1408 soit applicable, il faut que la vente fasse cesser l'indivision d'une manière absolue; que si elle n'était consentie que par quelques-uns des copropriétaires et non par tous, elle ferait des conquêts. Disons-nous autre chose aujourd'hui? Et que sont nos observations nouvelles, sinon le développement de cette même pensée qui nous avait parue si simple, si juridique, si manifestement tirée du texte et de l'esprit de la loi, qu'à notre avis son expression seule devait suffire à sa justification?

Du reste, ce développement auquel nous avons été conduit par les critiques dirigées contre un point de droit que nous persistons à considérer comme incontestable, trouve dans l'arrêt de Douai, que nous signalons à l'attention du lecteur, la plus énergique comme la plus éclatante sanction. En définitive, nous nous sommes résumé à ceci, qu'en présence d'une acquisition partielle faite par l'époux copropriétaire d'un immeuble indivis, il faut attendre l'événement pour déterminer l'influence de cette acquisition sur la composition de la masse commune ou des propres de l'époux; provisoirement la part acquise est un propre sous une condition résolatoire; elle sera un conquêt et sera censée n'avoir jamais été qu'un conquêt, si la condition s'accomplit. C'est bien là ce que reconnaît la Cour de Douai, et elle le reconnaît dans les circonstances les mieux faites pour donner à sa décision la plus grande portée. La succession, qui avait produit l'indivision dans l'espèce, s'était ouverte au profit de trois héritiers, dont l'un était en état d'absence présumée. Les deux autres devaient donc, aux termes de l'article 136, recueillir provisoirement la succession en entier. Ils l'avaient recueillie, en effet, et c'est entre ces deux héritiers qu'avait été passée la vente d'un immeuble dépendant de la succession; l'un avait vendu toute sa part à l'autre, qui l'avait achetée. Ainsi, ce n'était pas, à ce moment, une acquisition partielle, c'était une acquisition totale qui

faisait cesser l'indivision; première circonstance à noter. En voici une seconde non moins grave. L'époux acquéreur décède, et sa communauté est liquidée. On fait sans difficulté l'application de l'article 1408; l'immeuble entier est attribué comme propre, en vertu du principe d'accession posé dans cet article, aux héritiers du défunt qui le recueillent et le vendent. C'est à ce moment que l'héritier, absent au moment de l'ouverture de la succession, reparaît et exerce la pétition d'hérédité qui lui était réservée par l'article 137. Eh bien! dans ces circonstances, la Cour de Douai, revenant sur la liquidation dans laquelle l'immeuble avait été attribué en propre aux héritiers de l'époux qui avait réuni, par une acquisition, la part de son cohéritier à celle qui lui était échue, déclare que cette acquisition n'a pas fait un conquêt, et que sinon la chose, puisqu'elle avait été revendue, au moins le prix doit être rapporté à la communauté. Et pourquoi? Parce que, dit la Cour de Douai, « si les droits de l'absent eussent été exercés avant la liquidation de la communauté, il est manifeste que le caractère de propre du mari n'eût pas été imprimé à l'acquisition; qu'il n'en saurait être autrement parce que cette opération a devancé la pétition d'hérédité; qu'en effet, le règlement des droits des parties n'a pu être fait que sous l'éventualité prévue et écrite dans la loi elle-même (art. 137), de l'exercice des droits de l'absent, et que la pétition d'hérédité, par ses effets résolutoires, en même temps qu'elle a diminué d'un tiers l'étendue de l'acquisition des droits successifs, a nécessairement ravi le caractère de propres aux biens qu'elle a détachés des mains mêmes du cohéritier acquéreur.... » Voilà bien une application saisissante des principes que nous avons exposés, et la Cour de Douai, dont la décision, nous le répétons, ne laisse aucun prétexte à l'équivoque, vient heureusement compléter les données de la jurisprudence, en déduisant des conséquences que les arrêts antérieurs n'avaient pas eu l'occasion de formuler.

2. — (COLMAR, 29 DÉC. 1849 : *Devill. et Car.*, 52, 2, 193; *J. P.*, 51, 1, 511.) — Sur un autre point également fort délicat de la matière de la communauté, la Cour de Colmar ne s'est pas moins tenue dans la vérité des principes. Il s'agit ici de la responsabilité personnelle des fautes et de l'influence que doivent

avoir les condamnations correctionnelles ou criminelles encourues par un époux sur le règlement des droits de la communauté. Le Code Napoléon a établi, sur ce point, des règles qui ne confirment pas à tous égards les principes de l'ancienne jurisprudence. Le siége de la difficulté est dans les articles 1424 et 1425, dont la rédaction différente a fait naître le doute sur le point de droit que la Cour de Colmar a eu à résoudre. On suppose que l'un des époux, le mari par exemple, a encouru une condamnation criminelle, laquelle est accompagnée d'une condamnation à l'amende et à des dommages-intérêts. La femme commune en biens sera-t-elle affranchie de toute part dans les dommages-intérêts ou réparations civiles, comme elle est affranchie de l'amende? Telle est la question. A vrai dire, la question n'est sérieuse que dans l'hypothèse sur laquelle la Cour de Colmar n'a pas eu à statuer, celle que prévoit l'article 1424, celle de la condamnation à une peine n'emportant pas mort civile. Dans ce cas, l'article 1424 dit : « Les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme... » Ainsi, la loi ne parle que des *amendes*. S'ensuit-il que la règle soit différente en ce qui concerne les réparations civiles? S'ensuit-il que ces réparations civiles puissent être poursuivies sur les biens de la communauté sans récompense au profit de la femme? Nombre d'auteurs se sont prononcés pour l'affirmative. (Toullier, t. XII, n°s 224 et 225; Zachariæ, t. III, p. 441 et note 17; Glandaz, *Encycl. du droit*, v° *Communauté conj.*, n° 162; Odier, t. I, n° 244; Valette, *Comm.* de M. Boileux, t. III, p. 55, note 5; Dalloz, nouv. édit., v° *Contr. de mar.*, n° 977. *V.* aussi, dans ce sens, un arrêt de Douai, du 30 janvier 1840.) Et M. Troplong, prêtant récemment à ces auteurs l'appui de son autorité, a dit, dans son *Commentaire sur le contrat de mariage*, t. II, n° 918, que la récompense n'est pas due à la femme pour les réparations civiles, les frais et dépens occasionnés par le méfait du mari, que c'est avec intention que l'article 1424 n'a parlé que des amendes, que c'est pour demeurer, sur tout le reste, dans les traditions de l'ancienne jurisprudence et les vrais principes de la matière.

Nous sommes, sur ce point, d'un avis différent, et nous l'avouerons, la considération invoquée par M. Troplong est précisément l'une de celles qui nous confirment dans cet avis que nous avons exprimé d'ailleurs dans notre *Traité sur le contrat de mar.*, t. I, n° 632. L'ancienne jurisprudence, elle, ne faisait aucune distinction entre les amendes et les réparations civiles, dans l'hypothèse que prévoit aujourd'hui l'article 1424; elle mettait le tout à la charge de la communauté, sans récompense pour la femme. Mais quel était le fondement de cette jurisprudence? C'était la présomption d'après laquelle la femme, par rapport aux engagements conventionnels, était censée, en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec son mari pour sa part dans la communauté. Pothier, dans son *Traité de la communauté*, n° 248, nous le dit en ces termes : « Lorsque le mari a commis un délit pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que sa femme, qui n'y a eu aucune part, soit censée l'avoir commis avec lui; mais elle n'en est pas moins censée s'être obligée avec lui, en sa qualité de commune, à la réparation du délit, pour sa part, en la communauté : cette réparation est une dette de la communauté quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit. »

Eh bien! c'est cette idée de mandat étendue, par la doctrine de Pothier, bien au delà d'une juste et raisonnable mesure que les rédacteurs du Code ont pleinement rejetée; ils ont admis que si le mandat supposé de la femme au mari implique pour celui-ci le pouvoir de *contracter* pour sa femme en qualité de commune, il n'implique pas du moins le pouvoir de l'*obliger par un délit*. Tel est le principe de l'article 1424. Or quand rien, dans la discussion de la loi, n'indique la pensée d'une distinction, on doit raisonnablement supposer que le changement introduit par le législateur moderne a été complet et non pas partiel. Et il faut bien qu'il en soit ainsi; car les réparations civiles de même que l'amende sont aujourd'hui, comme elles l'étaient autrefois, les conséquences immédiates du délit : elles dérivent de la même cause, et de même qu'en considération de cette cause la femme comme commune, était tenue sans récompense de sa part des unes et des autres, de même elle doit être

affranchie des unes et des autres, aujourd'hui que la cause même en vertu de laquelle elle était engagée a été écartée. Nous persistons donc à penser, par les motifs ci-dessus et par ceux que nous avons déduits dans notre *Traité du contrat de mar.*, *loc. cit.*, qu'aucune solidarité ne doit peser sur la femme à raison d'un méfait auquel elle n'a pris aucune part, et que si le législateur parle seulement des amendes dans l'article 1424, ce ne peut être que par suite d'un oubli que l'on ne saurait faire tourner contre la femme sans une injustice marquée. C'est, du reste, l'avis de la majorité des auteurs (*V.* MM. Delvincourt, t. III, p. 18; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n° 371; Bellot, t. II, p. 433 et 437; Battur, t. I, n° 316; Duranton, t. XIV, n° 298; Toullier, t. V, p. 91-92; Cubain, n° 194; Gilbert, *Code annoté*, art. 1424, n° 2; Devilleneuve, dans la note qui accompagne l'arrêt de Colmar objet de cet examen; Marcadé, art. 1424 et 1425, n° 1).

Mais ceci ne peut être sérieusement contesté dans l'hypothèse de l'article 1425, celle de la condamnation à une peine emportant mort civile. Ici, les doctrines que Dumoulin avait fait prévaloir dans l'ancien droit ont été pleinement confirmées par le Code Napoléon. Dans l'origine, comme le dit Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. 2, sect. 3, n° 1 : « On s'était laissé prévenir d'une erreur, que la mari étant maître de la communauté, non-seulement pouvait en dissiper le fonds par des amendes ou des réparations civiles qu'il encourait, mais qu'il pouvait la confisquer tout entière. Il y eut même des coutumes qui, suivant cet abus, donnèrent seulement à la femme, au cas que le mari eût confisqué les biens de la communauté, quelque provision sur les meubles et conquêts confisqués, comme la coutume de Bretagne, art. 446 de la réformation et 425 de l'ancienne. M. Charles Dumoulin s'éleva fort contre cet abus, comme on voit en la note sur l'article 12 de la coutume de Laon, qui porte que le mari ne confisque que sa part des acquêts de la communauté, sur lequel il dit : *æquissima consuetudo et secundum sententiam quam semper a quadragenta annis contra veterum rigidum stilum propugnavi Parisis in senatu.* » C'est cette doctrine, ainsi soutenue par Dumoulin, qui finit par pré-

valoir sous cette formule : « Le mari ne confisque que sa part dans la communauté, » et que le Code Napoléon a consacrée en disant dans l'article 1425 : « Les condamnations prononcées contre l'un des époux pour crime emportant mort civile, ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels. » Ainsi, lorsqu'un crime emportant mort civile a été commis par le mari, les condamnations qui en sont la conséquence, c'est-à-dire les amendes, les dommages-intérêts, les dépens et les frais, ne frappent que sa part dans la communauté; et il n'y a pas ici, pour soutenir le contraire, le prétexte de l'expression restrictive qui est employée dans l'article 1424 : le législateur se sert du mot *condamnation*, dans l'article 1425, expression générique sous laquelle se placent les dommages, les dépens et les frais, aussi bien que l'amende. C'était là, d'ailleurs, la doctrine de l'ancienne jurisprudence. Bacquet, ch. 15, n° 84; Lebrun, *loc. cit.;* Renusson, part. I, ch. 6, n° 34; Bourjon, t. I, p. 569-570; Pocquet-Livonière, liv. IV, ch. 1, n° 24, s'en expliquent catégoriquement : et Pothier qui résume leur doctrine dit, dans son *Traité de la communauté*, n° 249 : « La raison pour laquelle la communauté n'est pas tenue de l'amende prononcée contre le mari par un tel jugement, est que ce jugement faisant perdre de plein droit au mari son état civil, opère de plein droit la dissolution de la communauté : d'où il suit qu'on ne peut pas dire que la dette de cette amende ait été contractée durant la communauté, puisque le jugement qui la prononce et par lequel la dette de cette amende a été contractée, avait opéré la dissolution de la communauté.... Il y a plus de difficulté à l'égard de la réparation civile à laquelle le mari a été condamné envers une partie civile.... Ce n'est pas le jugement de condamnation qui a produit cette dette, il n'a fait que la liquider. Néanmoins, on juge favorablement que, lorsque la réparation civile est prononcée par un jugement capital, la communauté n'en est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en aurait profité. » La cour de Colmar a très-bien dit que, placé en présence de cette jurisprudence, le Code Napoléon qui résume à lui seul le progrès des idées du XVIIIe siècle, devait proclamer le principe de la personnalité des crimes et de l'irres-

ponsabilité de l'époux innocent; qu'il importe peu que les condamnations civiles soient une dette et l'amende une peine, et qu'il suffit que l'une et l'autre dérivent d'une même cause et soient une conséquence immédiate du crime, pour qu'il n'y ait pas de différence dans l'application.

3. — (GRENOBLE, 19 JUILL. 1851; *Devill. et Car.*, 52, 2, 199.) — Sans nous écarter de cette matière de la communauté, nous trouvons, dans le *Recueil* de MM. Devilleneuve et Carette, un arrêt de la Cour de Grenoble, aux termes duquel, en cas de communauté réduite aux acquêts, lorsqu'à défaut d'un inventaire ou d'un état en bonne forme, des objets appartenant à la femme ont dû, même considérés *in specie*, être réputés acquêts par application de l'article 1499 C. Nap., et, à ce titre, ont fait partie de l'avoir de la communauté, ces objets, si la valeur en a été fixée par le contrat de mariage, n'en constituent pas moins, pour la femme, des propres qui, bien que fictifs, créent un droit de prélèvement, après la dissolution, lequel prélèvement s'exerçant à titre de propriété, non à titre de créance, peut être opéré, non-seulement par préférence au mari, mais encore à l'exclusion des créanciers personnels de ce dernier.

Si par là la Cour eût entendu juger, comme les arrêtistes précités paraissent le supposer, que la femme a pu reprendre *en nature* les objets mobilers dont le contrat de mariage contenait l'estimation, il nous serait difficile de nous associer à cette solution. En effet, quelques auteurs enseignent sans distinction (*V.* notamment M. Troplong, t. III, n° 1936) que la clause de réalisation a pour effet d'attribuer à la communauté la propriété du mobilier réalisé et de ne laisser à l'époux qui a fait l'apport qu'une créance de la valeur. Nous n'allons pas jusque-là; mais nous admettons, avec la majorité des auteurs, que tel est l'effet de la clause dans le cas où les meubles réalisés sont estimés par le contrat de mariage. Empruntant au régime dotal, dans ce cas, l'article 1551 pour le transporter dans le régime de la communauté, nous disons que l'estimation fait vente, et, par conséquent, qu'à la dissolution de la communauté, l'époux a droit de prendre, non pas la chose elle-même, mais la somme à laquelle la chose a été évaluée (*V.* notre *Tr. du contr. de mar.*, t. II, n° 52). Or,

dans l'espèce jugée par la Cour de Grenoble, le mobilier de la femme avait été estimé dans le contrat de mariage qui stipulait la communauté d'acquêts, laquelle n'est, au fond, que la clause de réalisation dans ce qu'elle a de plus étendu. La Cour de Grenoble aurait donc autorisé à tort le prélèvement en nature.

Mais ce n'est pas là ce que la Cour a décidé; le seul point en question, dans l'espèce, était de savoir si la présomption d'acquêts, que l'article 1499 fait résulter du défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme, ne peut pas être détruite par une preuve contraire, et spécialement si, lorsqu'à défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme, le contrat de mariage stipulant la communauté d'acquêts porte estimation du mobilier qui appartenait à la femme au moment du mariage, la présomption d'acquêts ne doit pas céder relativement à ce mobilier. La question est toute différente, et la solution affirmative qu'elle a reçue ne peut qu'être approuvée. Il est admis, en effet, que la disposition de l'article 1502, quoique relative à la clause d'apport, s'applique aussi à la st pulation d'acquêts. Or, d'après cet article, lorsqu'au lieu de faire inventaire de son mobilier, le mari déclare, dans le contrat de mariage, que ce mobilier est de telle valeur, la déclaration est suffisante et supplée au defaut d'inventaire; et quant au mobilier de la femme, la consistance et la valeur en sont suffisamment établies, à défaut d'inventaire, par la quittance que le mari aurait donnée, soit dans le contrat de mariage, soit dans un acte indépendant, et conséquemment par l'estimation qui, portée au contrat de mariage, équivaut à quittance pour la femme (*V.* not. *Tr. du Contr. de Mar.*, t. II, n° 47).

Ceci posé, la conséquence qui est déduite par l'arrêt, à savoir que la femme peut, même en l'absence d'un inventaire ou d'un état en bonne forme, prélever ou reprendre la valeur du mobilier ainsi estimé, cette conséquence est certaine. L'arrêt ajoute que la reprise ou le prélèvement peut s'exercer même par préférence aux créanciers personnels du mari, la reprise ou le prélèvement s'exerçant à titre de propriété non à titre de créance; et cette conséquence ultérieure est consacrée par une jurisprudence au

jourd'hui constante (*V.* Paris, 21 fév. 1846; Caen, 7 juin 1848; Cass., 1er août 1848, 28 mars 1849 et 8 avril 1850; *J. P.*, 1846, t. I, p. 598; 1848, t. II, p. 19; 1849, t. II, p. 126; 1850, t. I, p. 279 et 603; Devill. et Car., 1850, 1, 356).

4 et 5. — (DOUAI, 4 JUIN 1849 et 19 JUILL. 1850; GUELDRE ET HOLLANDE MÉRIDIONALE, 6 JUIN 1849 ET 16 JANV. 1850; *Dalloz*, 52, 2, 98 et 105). — La *Revue critique* a signalé à l'attention du lecteur, d'abord deux arrêts de la Cour de Douai rendus en sens contraire, sur la délicate question de savoir si l'obligation imposée au fermier de convertir en fumier les pailles de sa récolte a pour effet de l'obliger à laisser, sans indemnité, les pailles et engrais de la dernière année, alors même qu'il n'a pas reçu les pailles et engrais à son entrée dans la ferme (*V.* t. I, p. 193 et suiv.); et ensuite deux arrêts étrangers, l'un de la Gueldre, l'autre de la Hollande méridionale, qui ont décidé, l'un et l'autre, que la femme qui refuse de rentrer dans le domicile conjugal ne peut y être contrainte par la force publique (*V.* t. I, p. 594 et suiv.) Nous trouvons aujourd'hui ces quatre arrêts dans le *Recueil* de M. Dalloz; le lecteur pourra ajouter aux documents cités par l'arrêtiste notre *Revue* qu'il a omis d'indiquer.

6. — (CASS. 5 AVRIL 1852. *J. P.*, 1852, 1, 465; *Dalloz*, 52, 1. 108.) — Les lois nouvelles établissent, sous la dénomination de partages faits par père, mère ou autres ascendants entre leurs descendants, quelque chose d'analogue à l'ancienne démission de biens. Les partages autorisés par les articles 1075 et 1076 C. Nap., ne sont autre chose, comme nous l'avons dit ailleurs (*V.* le *Supplément au Traité des droits d'enregistrement*, n° 550), que les anciennes démissions rendues irrévocables. C'est cette convention qui, par une disposition spéciale des tarifs en matière d'enregistrement, a été soumise à un droit moindre que celui auxquels sont assujetties les donations (*V.* la loi du 16 juin 1824, art. 3, et la loi du 18 mai 1850, art. 10). De là les prétentions opposées qui se produisent fréquemment entre la régie et les contribuables, la première s'efforçant d'enlever à tel acte le caractère de partage anticipé pour le soumettre au droit ordinaire des donations, les seconds essayant sans cesse de présenter telle libé-

ralité comme participant du partage d'ascendant pour lui assurer le bénéfice de la réduction des droits.

La cour de cassation, nous avons eu déjà l'occasion de l'établir dans cette *Revue* (*V.* t. I, p. 18 et suiv.), ne s'est pas toujours montrée exacte dans les appréciations auxquelles elle s'est livrée sur ce point. Mais celle que nous trouvons dans l'arrêt du 5 avril 1852, que nous signalons à l'attention du lecteur, est de celles qui se défendent d'elles-mêmes.

Dans l'espèce, des ascendants donnaient à chacune de leur quatre filles, à titre de partage anticipé, une somme de 200,000 fr., qu'ils déclaraient imputables sur la succession du prémourant des donateurs. L'une des donataires reconnaissait avoir reçu une partie de la somme, et il était stipulé que le surplus lui serait payé dans l'année; quant aux autres, elles devaient recevoir leur payement sans intérêts aux bons point et aisance des donateurs, qui se réservaient le droit de retour. Enfin, pour sûreté de toutes les sommes, les donateurs fournissaient des hypothèques sur des maisons situées à Paris. — Présenté à la formalité, l'acte fut soumis au droit des donations mobilières (on était encore sous la législation antérieure à la loi du 18 mai 1850, qui a supprimé toute distinction entre les dispositions gratuites de meubles où d'immeubles, et les a soumises toutes au droit immobilier). Mais le notaire a soutenu que s'agissant dans l'espèce d'un partage d'ascendant, il n'avait dû être perçu qu'un droit de 25 centimes par 100 francs, en vertu de la loi du 16 juin 1824, au lieu de celui de 1 fr. 25, auquel l'acte avait été soumis. En conséquence, demande en restitution du trop perçu, accueillie par un jugement du tribunal de la Seine du 29 novembre 1849, sur le motif que l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 est applicable même lorsque les biens donnés ne consistent qu'en sommes d'argent que les donateurs s'obligent à payer à des époques déterminées.

C'est cette décision que la cour suprême a cassée par son arrêt du 5 avril 1852; et il est bien évident qu'elle ne pouvait se soutenir.

En thèse générale, la donation portant partage doit être assimilée, jusqu'à un certain point, à la succession dont elle anticipe

l'ouverture. Or, à ce point de vue, l'un des caractères essentiels et constitutifs de la convention, c'est le dessaisissement actuel des objets transmis aux héritiers entre lesquels le partage est fait par anticipation. Si ce dessaisissement n'existe pas, on pourra bien admettre qu'un droit est reconnu en faveur des copartageants et leur est assuré d'avance; mais on ne pourra pas dire qu'il y a partage d'ascendant, c'est-à-dire une transmission telle qu'elle aurait lieu par l'effet du décès de la tête de l'ascendant sur celle de ses héritiers.

C'est là ce qui a déterminé la cour de cassation dans l'espèce. Elle a vu que les ascendants, loin de se dessaisir, se constituaient seulement débiteurs envers leurs enfants d'une certaine somme, et que ceux-ci recevaient non pas la propriété des objets donnés, mais seulement une créance. En conséquence, elle a jugé que la disposition n'était qu'une constitution ou une promesse de dot, ce qui excluait l'application de la loi du 16 juin 1824. Cette décision, entièrement conforme à l'esprit de la loi, continue les traditions de la jurisprudence. *V.* Cass. 4 fév. 1845, et Angers, 25 avril 1846 (*J. P.*, 1845, t. II, p. 396, et 1846, t. II, p. 371).

PAUL PONT.

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

LORSQU'IL EXISTE DES ENFANTS COMMUNS.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I. — L'article 1094 du Code Napoléon, après avoir fixé la quotité de biens qu'un époux peut donner à son conjoint, soit quand il ne laisse ni descendants ni ascendants, soit quand il laisse des ascendants seulement, arrive ensuite au cas où il laisserait des enfants issus de son mariage avec le conjoint donataire (en réservant pour l'article 1098 le cas d'enfants d'un précédent

lit), et porte que, dans ce cas d'enfants communs, le disponible sera d'un quart en propriété, plus un quart en usufruit, ou de moitié en usufruit seulement.

Et comme la loi, après avoir complété les dispositions de cet article 1094 par celle de l'article 1098 relatif au cas d'enfants d'un précédent mariage, a soin de déclarer immédiatement, dans l'article 1099, que *les époux ne pourront se donner au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus*, il est clair que ce disponible d'un quart en propriété, plus un quart en usufruit, est bien le seul que le Code autorise entre époux ayant des enfants communs.

Si d'ailleurs les textes avaient laissé du doute sur ce point, ce doute eût disparu bientôt en présence des travaux préparatoires, où il est répété à satiété, et toujours de la manière la plus formelle, que, s'il reste des enfants du mariage, les donations *ne* pourront comprendre *que* le quart des biens; que l'époux donateur *ne* pourra laisser à l'autre *que* la quotité fixée au quart; que l'époux donataire *ne* peut avoir *que* le quart; que la faculté de disposer entre époux est bornée à cette quotité; et que, si la disposition excédait ces bornes, *elle serait réduite.*

Rien n'est donc plus certain que le sens limitatif et restrictif de l'article 1094, et c'est avec raison que les arrêts l'ont toujours interprété ainsi, comme l'avaient fait également tous les auteurs jusqu'en 1842.

Mais si incontestable que puisse paraître cette doctrine, elle devait cependant être contestée. Un honorable professeur de Toulouse, M. Benech, considérant sans doute ce que la loi aurait (selon lui) dû faire, plutôt que ce qu'elle a fait, et trouvant déraisonnable qu'un époux ne puisse pas toujours donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à un étranger, est venu soutenir, contre le sentiment unanime, que la disposition finale de l'article 1094, loin de diminuer jamais pour les époux le disponible des étrangers, l'augmente au contraire, attendu qu'en permettant pour tous les cas, même pour celui de trois enfants ou davantage, un quart de pleine propriété, plus un quart d'usufruit (ce qui ne serait pas permis alors pour un étranger), elle ne fait point obstacle à ce que les époux se donnent la quotité plus

forte que l'article 913 autorise pour d'autres cas. Tandis que, d'après l'opinion commune, l'article 1094 est le seul que des époux puissent invoquer, en sorte qu'ils ne peuvent jamais se donner que le quart, aussi bien quand ils n'ont qu'un enfant que quand ils en ont trois ou davantage, ces époux auraient le choix, d'après M. Benech, entre cet article 1094 et l'article 913, de telle façon qu'ils pourraient, en se donnant le quart de propriété, plus le quart d'usufruit, d'après l'article 1094, au cas de trois enfants, se donner aussi, d'après l'article 913, le tiers, s'ils n'ont que deux enfants, et la moitié s'ils n'en ont qu'un seul.

Cette doctrine nouvelle, longuement et habilement développée par M. Benech dans un volume entièrement consacré à l'interprétation de l'article 1094, et qui a bientôt été suivie par plusieurs autres professeurs fort distingués, notamment MM. Demante et Valette de Paris, et M. Aubry de Strasbourg, n'est cependant qu'une grave erreur, qu'une série d'idées quelquefois spécieuses, mais aussi fausses les unes que les autres, et nous en avons donné dès 1844, dans notre *Explication du Code* (art. 1094, n° I), une réfutation développée, complète, que nous avons crue et croyons de plus en plus parfaitement péremptoire, et que M. de Vatimesnil, dans un article publié l'année suivante par le journal *le Droit* (24 juillet 1845), trouvait aussi pleinement victorieuse.

Cette réfutation, reproduite depuis dans chaque édition nouvelle de notre livre, semblait demander une réponse, et M. Benech, en effet, dans l'un de ces trop courts instants que nous avons eu le plaisir de passer ensemble, nous en avait promis une, émanant soit de lui, soit de son honorable collègue M. Valette; mais depuis tant d'années déjà cette réponse n'a pas paru, et nous pensions dès lors n'avoir pas à revenir sur cette question, lorsque deux jeunes docteurs, M. Hervé, de Strasbourg, dans un travail qu'il nous a fait remettre avec prière de le rendre public, et M. Boutry, dans sa remarquable thèse de doctorat, présentée à la Faculté de Paris le 16 juillet dernier, et dont il a bien voulu nous offrir un exemplaire, se sont efforcés de raviver le système de M. Benech et de le défendre contre les coups sous

lesquels nous pensions (et pensons toujours) l'avoir parfaitement tué.

Nous regrettons vivement que les nombreux et savants professeurs connus comme partisans de ce faux système, aient ainsi laissé à des mains qui, habiles déjà sans doute, sont trop peu expérimentées encore, la tâche de soutenir une doctrine si complétement insoutenable. Mais notre devoir n'en est pas moins de répondre aux arguments nouveaux de MM. Hervé et Boutry; et tel est l'objet de cet article.

Bien entendu, nous ne discuterons pas ici tous ceux des arguments de nos deux estimables adversaires qui ne sont qu'une pure reproduction des idées de M. Benech; pour ceux-là nous renvoyons à la réfutation que nous en avons donnée dans notre commentaire de l'article 1094, et nous n'insisterons que sur les passages qui contiennent quelque chose de nouveau. Toutefois, il nous paraît indispensable de résumer d'abord l'état de la question, en analysant successivement le système de M. Benech et la critique que nous en avons faite.

II. — En laissant ici de côté quelques arguments secondaires et presque insignifiants qui, examinés de plus près que ne l'avait fait M. Benech, se sont bientôt évanouis et quelquefois même retournés contre le système qui les invoquait, la dissertation de l'honorable professeur de Toulouse se réduit à ces trois points :

« 1° Il n'est pas possible d'admettre que le législateur ait entendu, pour un cas quelconque, défendre à un époux de donner à son conjoint, second auteur de ses enfants, ce qu'il pourrait donner à toute autre personne : prohiber vis-à-vis du conjoint ce qui est permis au profit du premier venu, ce serait ridicule et absurde, la qualité de ce conjoint étant au contraire un motif pour permettre de lui donner davantage. Puis donc qu'un époux peut donner à un étranger le tiers de ses biens quand il laisse deux enfants, et la moitié quand il n'en laisse qu'un, il pourra donc, et à plus forte raison, donner aussi dans les mêmes cas ce tiers ou cette moitié à son conjoint, second auteur des enfants. Il faut dès lors reconnaître que quand l'article 1094 déclare possible la disposition du quart en propriété, plus le quart d'usufruit, il n'entend nullement dire qu'elle sera *la seule* pos-

sible : en disant que le conjoint pourra donner le quart, il n'entend pas qu'il *ne* pourra donner *que* le quart, mais seulement qu'il peut toujours et en toute hypothèse donner ce quart, s'il lui plaît, en restant libre, d'après l'article 913, de donner le tiers ou la moitié, quand il est dans les conditions voulues pour cela. — 2° Si la raison dit que le législateur ne devait pas donner à l'article 1094 un sens limitatif, les travaux préparatoires prouvent qu'il ne l'a pas fait, et la comparaison de l'état actuel du titre *des donations* avec ce qu'il était dans le projet primitif, ne laisse pas de doute à cet égard. Dans ce projet, en effet, l'article 1094 était entièrement calqué sur les articles 913-916, et n'avait pas d'autre but que d'augmenter pour les époux le disponible des étrangers, en permettant d'ajouter de l'usufruit, pour les premiers, à la quotité que l'on pouvait donner aux autres. Les articles 913-916 (art. 16 du projet) fixaient alors le disponible ordinaire : au quart des biens, en cas d'enfants; à la moitié, en cas d'ascendants ou de frères et neveux; aux trois quarts, en cas d'oncles ou de cousins germains. Or l'article 1094, reproduisant complétement ces dispositions avec addition d'usufruit, disait que pour des époux le disponible serait : hors le cas d'enfants, *le même* que le disponible des étrangers, *plus* l'usufruit de la portion de biens réservée; en cas d'enfants, un quart des biens (c'est-à-dire *la même* fraction encore que pour les étrangers), *plus* l'usufruit d'un autre quart. L'article 1094 n'était donc que la reproduction des articles 913-916, avec addition d'usufruit pour chaque cas; et le disponible des époux, calqué partout sur celui des étrangers, était partout plus considérable que lui..... Il est certes bien manifeste, en présence de ceci, que la volonté du législateur était qu'un époux pût toujours recevoir plus qu'un étranger; que telle était bien la pensée de l'article 1094; et comme cet article 1094 n'a jamais subi la moindre modification, que le législateur, en changeant les articles 913-916 pour y augmenter le disponible, a laissé le nôtre tel qu'il était dans le projet primitif, cet article repose donc toujours sur cette pensée que l'époux mérite partout une faveur plus grande que l'étranger, et que, par conséquent, tout ce qui est permis pour celui-ci est à plus forte raison permis pour celui-là. —

3° Enfin ce qui prouve que les rédacteurs, après le changement apporté aux articles 913-916 pour y augmenter le disponible des étrangers, entendaient que les époux profitaient de l'augmentation, et que l'article 1094 ne faisait nullement obstacle à ce qu'ils se donnassent le tiers avec deux enfants et la moitié avec un seul, c'est la discussion de l'article 1098. En effet, comme cet article 1098 disait, sans explication ni restriction, que celui qui a des enfants d'un premier mariage pourrait donner à son second conjoint une part d'enfant, M. Berlier fit observer que cette règle le laisserait libre, s'il n'y avait qu'un ou deux enfants, *de donner la moitié ou le tiers*, et que, pour éviter ce résultat, il fallait ajouter que la donation ne pourrait en aucun cas excéder le quart des biens, ce qui fut fait. D'après cela, le Conseil d'État entendait donc bien que l'article 1094 n'empêchait pas un époux de donner à son conjoint la moitié s'il n'y a qu'un enfant, et le tiers s'il y en a deux. M. Maleville à son tour, dans son analyse de l'article 1098, reconnaît que si cet article n'avait pas été modifié, l'époux qui convole aurait pu, n'ayant qu'un ou deux enfants du premier lit, donner la moitié ou le tiers. Il est donc certain que, dans la pensée des rédacteurs, la disposition du tiers ou de moitié au profit du conjoint n'est pas prohibée par l'article 1094, puisqu'il a fallu, pour l'interdire en cas de mariage subséquent, une disposition expresse de l'article 1098. »

Telle est, en substance, la dissertation de M. Benech; et comme c'est dans l'un de ces trois arguments que rentrent la plupart des raisonnements de MM. Boutry et Hervé, notre réponse à l'honorable professeur va répondre aussi, en grande partie, aux deux jeunes docteurs, en sorte qu'il nous restera peu de chose à dire ensuite pour ce qu'il peut y avoir de vraiment nouveau dans le travail de ceux-ci.

III. — Le système de M. Benech, avons-nous dit, n'est pas même soutenable pour qui veut examiner complétement l'ensemble des éléments de décision; et on va voir, en effet, que non-seulement les trois arguments sur lesquels on veut l'appuyer sont sans valeur aucune pour le soutenir et se retournent même contre lui, mais qu'il est d'ailleurs condamné de la manière la

plus positive et par le texte du Code et par tous les documents des travaux préparatoires.

1° Et d'abord, on veut que la qualité même du conjoint soit un motif pour qu'on puisse toujours et en toute hypothèse lui donner plus, ou tout au moins autant qu'à un étranger; et on en conclut que le législateur, puisqu'il permet pour cet étranger, en présence d'un ou de deux enfants, la donation de moitié ou du tiers, n'a pas pu songer à prohiber cette donation au profit de l'époux. Or ceci reçoit deux réponses. La première, c'est que la philosophie de M. Benech à cet égard n'est pas la bonne philosophie, que ce qui lui paraît ici fort sage serait au contraire dangereux et funeste, et qu'un législateur prudent ne devait pas suivre la voie qu'indique l'honorable professeur. La seconde, qui repose sur un fait matériel, et auquel dès lors toutes les observations et réflexions de nos honorables adversaires ne peuvent rien changer, c'est que, quand même nous nous tromperions dans cette appréciation philosophique, quand même la voie qui nous paraît préférable ne serait pas la meilleure, c'est elle, dans le fait, que notre législateur a suivie : de sorte que, comme il ne s'agit pas ici de savoir ce que la loi aurait dû faire, mais ce qu'elle a fait, la solution de M. Benech serait encore une erreur, alors même que son idée philosophique serait aussi juste que nous la croyons fausse.

Permettre à une personne de faire au préjudice de son enfant une donation énorme, une donation de la moitié de sa fortune, c'est une chose peu dangereuse tant que la donation ne pourra se faire qu'à des étrangers, mais qui deviendrait très-funeste, si cette donation pouvait être faite au conjoint. En général, et sauf des exceptions trop rares pour que le législateur s'en préoccupe, un père ne donnera pas à un étranger la moitié de sa fortune, s'il n'a de bien graves motifs d'en priver son enfant; et puisque le droit de disposition de moitié ne sera généralement ainsi qu'un moyen d'infliger au besoin une punition méritée et de maintenir l'enfant dans le devoir, il était donc d'une sage législation de le déclarer permis. Mais si, au contraire, cette disposition de moitié était permise au profit du conjoint, elle aurait lieu non pas quelquefois, mais toujours, et il n'est pas peut-être un enfant

sur cent qui n'en fût victime. C'est, en effet, une chose triste à dire, mais qui n'est que trop vraie, que deux époux, quel que soit leur attachement pour leur enfant, se préfèrent généralement à celui-ci quant à la possession de leurs biens, et qu'ils manquent rarement de se donner réciproquement, par le prémourant au survivant, tout ce que la loi leur permet de se donner. Prenez cent contrats de mariage, et vous trouverez dans les neuf dixièmes cette attribution à l'époux survivant, au préjudice de leur postérité, de tout le disponible du prémourant. Si donc, pour le cas d'un seul enfant, ce disponible était de moitié comme pour un étranger, ce n'est plus quelquefois et par exception, c'est toujours ou presque toujours, que cette moitié serait enlevée à l'enfant, et vous auriez dès lors plus souvent et à un plus haut degré le spectacle, déjà si fâcheux aujourd'hui, d'un jeune ménage qui, chargé d'enfants en bas âge et gêné par les difficultés qui embarrassent presque toujours le commencement de toute carrière, commerciale ou autre, verrait, au décès d'un des grands parents, le conjoint de celui-ci, non-seulement garder toute sa fortune personnelle, mais venir prendre encore une énorme part de celle du défunt. La loi ne devait pas permettre un tel résultat, et c'est certes bien assez que la disposition du quart permise par l'article 1094. Sans doute les biens ainsi donnés par l'un des auteurs à l'autre peuvent revenir plus tard à l'enfant dans la succession du donataire; mais outre qu'ils peuvent d'abord ne revenir que pour partie (puisqu'il peut survenir d'autres enfants d'un nouveau mariage), qu'ils peuvent même ne revenir jamais, parce que le donataire peut les aliéner et les dissiper, il y a d'ailleurs ce fait déplorable (et dont nous avons pour notre part de nombreux exemples sous les yeux) que le fils, avec une jeune famille à élever, sera souvent dans la gêne, quelquefois même dans la misère, en attendant le retour de ces biens qu'il devait avoir plus tôt, et dont l'obtention douze ou quinze ans avant lui eût rendu de si grands services. Qui ne sait que quelques milliers de francs mis aujourd'hui aux mains d'un homme intelligent et laborieux valent beaucoup plus pour sa maison qu'une somme deux ou trois fois plus forte, mais qui ne viendra que beaucoup plus tard? Encore une fois, c'est bien

assez, c'est peut-être beaucoup déjà, que le droit de disposer ici d'un quart, et il y eût eu grave imprudence à y permettre, comme vis-à-vis d'étrangers, la disposition du tiers ou de moitié, par cette raison bien simple que vis-à-vis de l'étranger elle sera fort rare et ne se réalisera que comme une punition méritée par l'enfant, tandis qu'elle eût été très-fréquente entre époux au détriment de l'enfant commun.

« Mais enfin, nous dit-on, cette propension, si dangereuse selon vous, des deux époux à se donner le plus possible, d'où la nécessité de leur permettre quelquefois moins que vis-à-vis d'un étranger, le législateur ne s'en est pas préoccupé quand il s'est agi de sauvegarder la réserve des ascendants de l'époux donateur : dans ce cas, l'époux peut donner à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner à un étranger et même davantage, puisqu'il peut ajouter encore l'usufruit de toute la réserve ! Il y a donc contradiction, ajoute-t-on, dans les vues que vous prêtez au législateur, et il n'est pas vrai de dire, comme vous le faites, que la restriction à un disponible moindre s'explique par cette idée qu'une loi doit toujours prohiber plus énergiquement ce qu'elle sait devoir se faire plus facilement. La donation par laquelle une personne va dépouiller son ascendant étant, tout aussi bien que celle qui dépouillerait son enfant, beaucoup plus à craindre au profit d'un époux qu'au profit d'un étranger, le législateur dès lors, s'il était vrai qu'il eût été dirigé ici par la maxime *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat*, n'eût pas manqué de restreindre aussi, envers le conjoint, le disponible de l'époux laissant des ascendants.....» Cette objection, déjà faite par M. Benech, et que reproduisent encore sous diverses formes MM. Hervé et Boutry, se résout en vérité bien facilement. Sans doute la propension des conjoints à se donner est tout autant à craindre pour l'ascendant d'un époux que pour son enfant, et les espérances du premier se trouvent compromises autant que celles du second; mais combien l'un est loin d'avoir des droits aussi sacrés que l'autre? est-ce qu'un époux est tenu vis-à-vis de son père à des devoirs aussi étroits, à des sacrifices aussi grands qu'envers son enfant! Est-ce que le devoir d'éducation, de protection et de soins de toute espèce ne va pas, comme la trans-

mission même de la vie, dont il est la suite, toujours en descendant et non en remontant ? Telle est la loi de la nature, loi gravée par Dieu même dans les entrailles de la brute aussi bien que dans le cœur de l'homme. Autant il est naturel, logique et juste qu'un enfant compte sur la succession de son père, autant il est exceptionnel et anormal de voir revenir à un père la fortune de son enfant, à l'instar d'un ruisseau qui remonte vers sa source. Ces biens qu'un époux amasse par son travail, ce n'est certes pas son vieux père qui doit compter les avoir après lui ; et autant il importe pour la morale, pour la justice, pour l'ordre social lui-même, que la succession du défunt arrive à ce jeune homme, son fils ou petit-fils, pour qui elle sera souvent le seul moyen d'asseoir sa position dans le monde et d'ouvrir une carrière à ses propres enfants, autant il est peu important, nous dirions presque indifférent, qu'elle arrive à ce vieillard, son père ou aïeul, dont la carrière est accomplie, et à qui ces nouveaux biens ne procureront guère que la stérile satisfaction d'un ridicule amour des richesses..... Voilà pourquoi le législateur n'avait pas à donner ici à l'ascendant de l'époux l'énergique et large protection qu'il devait à son enfant ; voilà pourquoi, en présence de l'ascendant, il permet à cet époux d'obéir à ses affections et de donner à son conjoint autant et même plus qu'à un étranger, tandis qu'en présence de l'enfant, il comprime l'élan de ces affections et ne permet plus que la disposition du quart des biens.

C'est là, disons-nous, ce que le législateur devait faire, et c'est là aussi ce qu'il a fait. Et il l'a fait avec pleine réflexion et par un dessein bien prémédité. Nous en avons la preuve, entre bien d'autres que nous signalerons plus loin, dans un passage de l'exposé officiel des motifs devant le Corps législatif, passage qui a le double avantage et de préciser le sens de l'article 1094, et aussi de donner les raisons de sa disposition. L'orateur du gouvernement, après avoir dit que, puisque la loi laisse à chacun la faculté de disposer, non-seulement pour un parent, mais même pour un étranger, de tous les biens qui ne sont pas réservés, il eût été inconséquent de refuser à un époux le droit de donner son disponible à son conjoint, prend soin d'expliquer quel sera ici ce disponible en faisant la distinction que nous ve-

nons de faire entre les ascendants, au détriment desquels ce disponible entre époux sera augmenté, et les enfants, au profit desquels il sera diminué, et il donne les motifs de l'une et de l'autre règle. Après avoir constaté que l'époux sera libre de donner son disponible au conjoint, il ajoute : « Tel est même l'effet » de l'union intime des époux que, sans rompre les liens du » sang, leur inquiétude et leur affection se portent plutôt sur ce- » lui des deux qui survivra que sur les parents qui doivent leur » succéder; » puis, distinguant les deux cas d'ascendants et d'enfants, il nous dit que, dans le premier, « on a suivi le cours » des affections, en décidant que les époux *ne laissant point* » *d'enfants* pourraient (en outre du disponible ordinaire) se don- » ner l'usufruit de la totalité de la portion de biens indisponible; » mais qu'il en est autrement dans le second, alors que l'époux laisse des enfants : « *lors même*, dit-il, *qu'il se croit assuré que* » *l'autre époux, en survivant, ferait de la fortune l'emploi le* » *plus utile à ces enfants, comme les devoirs de la paternité sont* » *personnels, et que l'époux donateur y manquerait s'il les con-* » *fiait à un autre*, IL NE POURRA LAISSER A L'AUTRE ÉPOUX QUE » LA QUOTITÉ FIXÉE AU QUART DES BIENS *en propriété et un autre* » *quart en usufruit.* » (Fenet, t. XII, p. 621; Locré, t. XI, p. 420, 421.)

Ce passage, que nous ne connaissions pas quand nous avons écrit notre première réfutation, et que nous n'avons remarqué qu'en vérifiant la citation (étrangement tronquée et dénaturée, comme on le verra plus loin) au moyen de laquelle M. Hervé a cru pouvoir l'invoquer contre notre doctrine (en sorte que c'est encore une nouvelle arme fournie par nos adversaires et qui se retourne contre eux), ce passage, disons-nous, est vraiment précieux, et il suffirait, alors même qu'il ne serait pas corroboré par une foule d'autres, à trancher nettement notre question. Il est, en effet, aussi explicite qu'il était possible de le désirer, puisque l'orateur officiel, non content d'y bien préciser le sens et la portée de l'article 1094, prend de plus la peine d'en signaler les motifs. Ainsi, après avoir constaté ce fait que les époux préfèrent d'ordinaire le survivant d'eux à leurs héritiers de sang, il explique que lorsqu'il n'y a pas d'enfants, mais des ascendants

seulement, la loi croit devoir respecter et consacrer cette affection des époux, en permettant d'excéder le disponible ordinaire par l'addition de l'usufruit du surplus, mais que lorsqu'il y a a des enfants, elle ne tient plus compte de cette affection des époux, et restreint entre eux au quart le disponible, qui pour un étranger serait tantôt du quart, tantôt du tiers et tantôt de moitié. En vain on dirait que le donataire étant, aussi bien que le donateur lui-même, l'un des auteurs des enfants, il n'y a rien à craindre pour ceux-ci, puisque la voix de la nature parlera sans doute aussi fort chez le donataire que chez le donateur : ce n'est pas là, répond le législateur, une raison suffisante; et quand même l'époux donateur, connaissant le caractère et les sentiments de son conjoint, se croirait assuré du retour des biens aux enfants, ce n'est pas assez encore pour autoriser ici le disponible ordinaire; car, continue-t-il, le devoir de soins et de protection de l'auteur pour ses enfants lui est rigoureusement personnel, il y manque s'il le confie à tout autre, et on ne l'autorise dès lors à donner que le quart des biens.

On voit que le premier argument du système de M. Benech, argument dont nous avons développé la réponse un peu longuement, parce que, à elle seule, elle contient presque le résumé de toute la discussion, n'est vraiment pas heureux. Voyons si le second l'est davantage, et s'il est possible d'y trouver quelque chose de concluant.

2° Puisque l'article 1094, nous dit-on, a été calqué de point en point sur la première rédaction des articles 913-916, dans l'unique but d'augmenter au profit des époux le disponible fixé par les premiers pour des étrangers, et que d'autre part le législateur, quand il a changé ces derniers articles pour étendre le disponible ordinaire, n'a rien changé à l'autre, c'est donc qu'il n'abandonnait pas la pensée qui avait dicté celle-ci, celle de permettre plus pour un conjoint que pour tout autre.

Cet argument, le seul qui présente une raison de droit, et qui est ainsi la base unique du système (car celui qui précède ne traitait la question qu'en législation et non en droit), n'est pourtant qu'un sophisme, et il reçoit plusieurs réfutations, dont nous ne signalerons ici qu'une seule, parce qu'elle est bien suf-

fisante. S'il était vrai, en effet, que l'article 1094 a été maintenu, après le changement des articles 913-916, dans le même but et la même portée qu'avant ce changement, c'est-à-dire pour permettre entre époux *plus* qu'entre étrangers, la conséquence serait que l'étranger pouvant, d'après ce changement, recevoir, non plus seulement un quart comme auparavant, mais tantôt un quart, tantôt un tiers et tantôt moitié, le conjoint pourrait dès lors recevoir, selon les cas, *plus* que le quart, *plus* que le tiers, *plus* que la moitié ! L'article 1094 ayant ainsi pour objet, aujourd'hui encore (parce qu'il l'a eu dans un précédent projet), *d'ajouter de l'usufruit*, pour le conjoint, à la portion de pleine propriété qu'un étranger peut recevoir, sa disposition, en ajoutant pour le cas d'ascendants, à la portion disponible en propriété, l'usufruit de toute la portion indisponible, puis pour le cas de trois enfants ou davantage, l'usufruit d'un second quart au disponible ordinaire d'un premier quart, ajouterait de *même*, pour les cas de deux enfants et d'un enfant, une portion d'usufruit au disponible ordinaire d'un tiers ou d'une moitié. Or vous n'osez pas et vous ne pouvez pas prétendre qu'il en est ainsi; vous avouez, et il le faut bien, que pour les deux cas sur lesquels nous discutons, l'article 1094 n'apporte rien au conjoint. Mais, par cela même, vous reconnaissez que cet article n'a pas conservé la portée que lui donnait primitivement le rapport existant entre lui et la disposition première des articles 913-916; et vous renversez ainsi vous-mêmes l'argument que vous avez pris tant de peine à échafauder, et qui fait l'unique base de votre système !... Que vouliez-vous prouver par tous ces efforts, *bien* méritants sans doute et dignes d'une meilleure cause, mais bien stériles ici? Que l'article 1094 n'ayant pas été changé dans sa rédaction quand on a changé les articles 913-916, on n'a pas changé dès lors l'esprit et la portée de cet article; que son texte étant resté le même, son rapport avec les articles 913-916 est resté le même aussi, malgré le changement de ces derniers; que sa relation étant ainsi restée la même, l'augmentation de disponible mise dans les premiers s'est trouvée, par cela même, introduite dans l'autre, sans qu'il fût besoin de le dire : c'est là ce que vous vouliez prouver; et voilà qu'après toutes vos longues et

savantes discussions, il vous faut finir par avouer que, pour les deux hypothèses qui nous occupent, le changement des articles 913-916 a changé le rapport que l'article 1094 avait avec eux, complétement changé et dénaturé, puisque ce rapport, dans ces deux cas comme dans les autres, était pour le conjoint une adjonction d'usufruit, une gratification nouvelle, et qu'aujourd'hui l'article, pour ces deux cas, n'ajoute rien, ne gratifie de rien, ne permet rien.

Et comment, en effet, sans une prévention profonde, des esprits aussi éminents que les honorables professeurs cités plus haut, comment même les esprits les plus ordinaires pourraient-ils se méprendre sur les conséquences du changement apporté aux articles 913-916? Voyez donc... On écrit d'abord deux dispositions se résumant ainsi : « 1° Vis-à-vis d'étrangers, le disponible de celui qui laisse des enfants sera d'un quart des biens; — 2° vis-à-vis du conjoint, le disponible de celui qui laisse des enfants sera d'un quart en propriété, plus un autre quart en usufruit. » Plus tard, on change la première disposition sans modifier la seconde, et l'on dit : « 1° Pour l'étranger, le disponible de celui qui laisse des enfants variera selon le nombre de ces enfants : il sera du quart s'il y en a trois ou davantage, du tiers s'il y en a deux, de la moitié s'il n'y en a qu'un; — 2° pour le conjoint, le disponible, dans ce cas d'enfants, sera d'un quart en propriété, plus un quart en usufruit. » En quoi vraiment le sens de cette nouvelle rédaction des deux règles pourrait-il être douteux, et comment avoir l'idée de prétendre que le changement apporté à la première entraîne un changement corrélatif dans la seconde? N'est-il pas clair, au contraire, clair comme le jour en plein midi, que cette seconde règle est restée ce qu'elle était, de sorte que, après avoir été plus large que la première dans la rédaction primitive, elle est plus étroite qu'elle dans la rédaction dernière? Puisque le disponible du quart est arrivé à être, selon les cas, du quart, du tiers ou de la moitié, tandis que celui d'un quart de propriété, plus un quart d'usufruit, est resté d'un quart en propriété, plus un quart d'usufruit, la relation qui existait entre eux est donc complétement transformée, et celui qui était d'abord le plus grand est aujourd'hui le plus

petit. Soutenir le contraire, c'est tout bonnement prétendre que cet homme d'une taille de 1 mètre 70 centimètres, dont le fils avait il y a cinq ans 1 mètre 66 centimètres, et qui était dès lors plus grand que ce fils à cette époque, est encore plus grand que lui aujourd'hui, quoique sa taille n'ait pas changé, tandis que celle du fils est arrivée à 1 mètre 75 centimètres..... Sans doute si l'article 1094 avait dit, sans préciser la quotité, et en se référant pour sa fixation à l'article 913, que l'époux, dans ce cas d'enfants comme dans les autres, pourrait donner à son conjoint *ce qu'il peut donner à un étranger* (plus telle portion d'usufruit), le législateur, en augmentant plus tard le disponible de l'étranger, aurait augmenté par là même le disponible du conjoint; mais du moment qu'au lieu de procéder ainsi par renvoi au disponible ordinaire, il procède par fixation absolue de la quotité qu'il entend permettre, du moment que cette quotité est taxativement fixée au quart des biens, il est évident, et de la dernière évidence, que l'augmentation ultérieure du disponible ordinaire ne peut pas plus augmenter cette quotité que sa diminution ne pourrait la diminuer.

3° Le dernier argument n'a pas plus de valeur que les deux premiers. Non-seulement il porte complétement à faux, mais la citation sur laquelle il repose prouve précisément le contraire de ce qu'on veut prouver.

« Puisque M. Berlier, M. Maleville, et comme eux tout le Conseil d'État, ont reconnu, nous dit-on, la nécessité d'ajouter une phrase nouvelle à l'article 1098 pour enlever au conjoint la faculté de recevoir le tiers ou la moitié, c'est donc que l'article 1094 n'avait pas enlevé cette faculté. »

L'objection est en vérité bien malheureuse et la réponse bien simple. Sans doute l'article 1094 n'avait pas enlevé *au conjoint pour qui on rédigeait l'article* 1098, la faculté de recevoir le tiers ou la moitié; mais pour quel conjoint rédigeait-on cet article 1098? Uniquement pour le conjoint *d'un second mariage*, pour le conjoint de celui qui contracte une nouvelle union ayant des enfants de la première, tandis qu'il ne s'agit dans notre question et dans l'article 1094 que du cas d'enfants communs, et du conjoint qui est, comme l'époux donateur, l'un des deux

auteurs de ces enfants. L'article 1094 ne s'étant pas occupé du second conjoint, il n'avait donc pu rien défendre ni rien permettre pour lui, et l'objection se trouve dès lors n'être qu'un non-sens.

Et non-seulement les paroles de MM. Berlier et Maleville ne peuvent rien prouver pour le système de M. Benech, mais elles prouvent même contre lui et en indiquent encore la fausseté. Dans quel cas, en effet, ces deux rédacteurs, et comme eux le reste du Conseil, ont-ils reconnu que, sans le changement apporté à l'article 1098, le second conjoint eût pu recevoir le tiers ou la moitié? C'était, disaient-ils, dans le cas où il y aurait eu *un ou deux enfants du premier mariage et point du second*. Or pourquoi, s'il vous plaît, fallait-il qu'il n'y eût pas d'enfant du second mariage? pourquoi la présence d'un enfant du second mariage eût-elle empêché le nouveau conjoint d'avoir l'une des deux quotités qu'on ne voulait pas lui donner? pourquoi, avec deux enfants dont l'un eût été du premier mariage et l'autre du second, n'aurait-il pas eu le tiers? Pourquoi?... C'est parce que, du moment que l'un des deux enfants eût été un enfant commun, le cas eût été régi, non plus par l'article 1098, mais par notre article 1094, et que ce dernier ne permet jamais que le quart, sans distinction du nombre des enfants. M. Berlier, M. Maleville et tout le Conseil entendaient donc que l'article 1094 ne permettait que le quart et prohibait le tiers! Sans cela, il est clair que le nouveau conjoint eût pu avoir ce tiers aussi bien avec deux enfants dont l'un aurait été du second mariage, qu'avec deux enfants du premier lit. Ainsi, le document qu'on invoque nous donne encore, en demandant que les enfants, soit qu'il y en ait un ou deux, soient du premier mariage et qu'il n'y en ait point du second, une nouvelle condamnation du système, qui se trouve ainsi battu par ses propres armes.

IV. — Nous avons dit que ce système est d'ailleurs condamné et par le texte même du Code et par tous les documents des travaux préparatoires.

1° Par le texte lui-même. On sait, en effet, que si la formule restrictive et prohibitive « *les époux* NE *pourront se donner* QUE » ne se trouve pas dans l'article 1094 (où elle n'était d'ailleurs pas

nécessaire, puisque fixer la portion disponible des biens, c'est dire que le surplus est indisponible), elle est écrite un peu plus loin. La loi, après avoir réglé pour tous les cas le disponible entre époux dans les deux articles 1094 et 1098, a soin d'ajouter dans l'article 1099 : « *Les époux ne pourront se donner au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.* »

2° Par les documents des travaux préparatoires. En outre, en effet, des enseignements si précis que nous avons déjà rencontrés, soit dans les paroles ci-dessus citées de M. Berlier et de M. Maleville, soit dans le passage où le commissaire du gouvernement explique si bien que l'époux donateur, alors même qu'il se croirait certain du retour aux enfants des biens qu'il donne au conjoint, ne peut jamais lui donner au delà du quart, on trouve encore dans les procès-verbaux tant d'autres documents constatant la même idée, que nous ne comprenons pas, pour notre part, qu'on ait pu songer à résister à un tel ensemble de preuves.

Ainsi, lors de la communication officieuse du titre des Donations au Tribunat, celui-ci, qui ne connaissait pas encore les motifs qui avaient déterminé le Conseil, proposa formellement de modifier l'article 1094, afin *qu'un époux puisse donner à l'autre autant qu'à un étranger*, et cette proposition fut écartée. Plus tard, lors de la communication officielle, le rapport fait au nom de la section qui avait inutilement demandé ce changement explique que : « *s'il reste des enfants du mariage, l'époux* NE *peut avoir* QUE *le quart*, et que *si la disposition excédait ces bornes, elle serait* RÉDUITE. Enfin, lors de la présentation du projet devant le Corps législatif, on explique par deux fois consécutives que « si l'époux ne laisse pas de postérité, il peut donner à l'autre époux tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, et en outre l'usufruit du surplus; mais que *s'il laisse des enfants, les donations* NE *pourront comprendre* QUE *le quart des biens en propriété.* (Fenet, t. XII, p. 467, 572-573, 621.)

En vérité, quand une telle masse de lumières se trouve ainsi jetée de toutes parts sur un point de droit, il faut un robuste courage pour soutenir la contradiction, et nous comprenons à merveille que les savants professeurs dont nous avons depuis huit ans réfuté tant de fois le système, se soient jusqu'ici abstenus de

répondre à nos observations, tout en reconnaissant la nécessité de le faire. Mais puisque ce courage s'est enfin rencontré chez deux de nos jeunes confrères, voyons en peu de mots ce qu'ils ont imagité pour échapper à tout ce qui précède, voyons s'ils ont été aussi heureux que hardis, ou s'il n'est pas, au contraire, trop vrai que rien n'est moins sérieux, plus faible, nous allions presque dire plus puéril, que les deux répliques de MM. Boutry et Hervé.

V. — Les principales réponses de nos estimables adversaires, en dehors de celles qui se trouvent écartées déjà par ce qui vient d'être dit, portent sur quatre points pour chacun desquels il nous suffira de quelques mots.

1° L'argument que nous tirons de l'article 1099 a reçu deux réponses, l'une de M. Hervé, l'autre de M. Boutry, qui n'ont pas plus de valeur l'une que l'autre. — Le premier nous dit que cet argument tombe à faux, attendu que l'article 1099, quand il défend de donner au delà de ce qu'indiquent les articles 1094 et 1098, ne parle que des donations faites *indirectement*. Mais notre jeune docteur aurait dû se rappeler ici que le Code ne prohibe jamais les donations indirectes que dans les cas et dans les limites où sont prohibées les donations directes, et que par conséquent, s'il défend aux époux de se donner indirectement au delà des quotités fixées par les articles 1094 et 1098, c'est que ces quotités ne peuvent pas être dépassées par des libéralités faites directement et ostensiblement. — Le second prétend que notre argument n'est qu'une pétition de principe. En effet, dit-il, l'article 1099 ne prohibe, au profit des enfants communs, que ce qui n'est pas permis par l'article 1094 ; or le point de savoir si la disposition de moitié ou du tiers est ou non permise par cet article 1094 est précisément le point en question!... Nous en demandons pardon à M. Boutry; mais nous sommes forcé de lui dire que la violation des règles de la logique, au lieu de se trouver dans notre argument, se trouve au contraire dans sa réponse. Notre question est bien de savoir si oui ou non la disposition du tiers ou de moitié *est permise;* mais elle n'est pas de savoir, comme il le faudrait pour qu'il y eût pétition de principe, si elle est permise *par l'article* 1094 : l'article 1094 *per-*

met seulement le quart, il n'y a pas là-dessus de question possible, et la seule chose qui fasse question, c'est de savoir si *un autre article* (l'article 913) permet le tiers ou la moitié aux époux comme à d'autres, nonobstant l'article 1094 : il est bien clair, en effet, que pour ceux-là mêmes qui croient permis aux époux de se donner le tiers ou la moitié, ce n'est pas de l'article 1094, mais de l'article 913, que vient cette faculté. En deux mots, la quotité indiquée par l'article 1094, c'est le quart; or l'article 1099 défend (aux époux ayant des enfants communs) de se donner au delà de la quotité que l'article 1094 indique; donc le quart est ici le seul disponible, et l'article 913 est inapplicable.

2° Après avoir vainement essayé d'amoindrir l'effet de la réponse par nous adressée à l'argument que M. Benech tirait des paroles de M. Berlier et de M. Maleville dans la discussion de l'article 1098 (vainement, disons-nous, puisqu'on se contente de nous dire qu'il est impossible de croire que l'article 1098, s'il n'eût pas été changé, eût accordé à un second conjoint ce que l'article 1094 défendait pour le premier, ce qui eût été ridicule et contraire aux principes admis dans tous les temps, tandis que c'est précisément parce que cet article 1098 serait arrivé, par suite du changement apporté à l'article 913, à ce résultat ridicule et contraire aux principes, que tous ont si bien senti la nécessité de le changer à son tour, aussitôt que ce résultat a été remarqué), après cette vaine tentative, disons-nous, M. Boutry veut répondre à son tour à l'argument que nous fournissent ces mêmes paroles de M. Berlier, quand il dit que l'article 1098, s'il n'eût pas été modifié, aurait permis de donner au second conjoint la moitié ou le tiers avec un ou deux enfants du premier mariage *et point du second*. Il fallait bien que M. Berlier, nous dit-il, en supposant un enfant du premier mariage et point du second pour arriver à la possibilité d'une donation de moitié, supposât de même, pour arriver à la possibilité d'une donation du tiers, deux enfants du premier mariage et point du second, puisque s'il en eût alors existé un du second, il aurait donc fait trois, et eût dès lors rendu cette donation du tiers impossible... Comment M. Boutry n'a-t-il pas vu le vice de cette réponse? Un

enfant du premier mariage et un du second n'auraient aussi fait que deux enfants, et n'auraient pas pu dès lors, dans le système que nous réfutons, empêcher la donation du tiers. Donc, si ce système eût été celui du Code, MM. Berlier et Maleville n'auraient pas eu besoin, pour montrer la possibilité du tiers, de supposer deux enfants provenant tous deux du premier mariage sans qu'il y en eût du second. Du moment que dans leur pensée le tiers n'eût pu être donné qu'avec deux enfants du premier mariage et point du second, et non pas avec un du second et un du premier, c'est que la présence d'un enfant commun empêche la donation du tiers; que dès lors l'article 1094 a bien le sens restrictif que nous lui donnons, et que ces paroles de M. Berlier, qu'on prétendait si décisives pour le système contraire, en prouvent encore la fausseté.

3° Quant à ces nombreux passages des travaux préparatoires disant et répétant partout que, d'après l'article 1094, *l'époux* NE *peut donner* QUE *le quart*, et que *s'il donnait plus, la disposition serait réduite*, on croit peut-être qu'ils embarrassent nos deux adversaires. Ce serait une erreur, et nos jeunes docteurs nous font encore là deux réponses pour une. Il est vrai de dire que l'une, celle de M. Boutry, ne peut pas se prendre au sérieux et se trouve deux fois fausse, et que l'autre, celle de M. Hervé, présente un contre-sens tellement bizarre, une contradiction tellement flagrante, et, sous un langage de triomphe, un aveu de défaite si complet et si clair, tout involontaire qu'il est, que nous avons encore peine à y croire après l'avoir lu et relu à plusieurs reprises. — M. Boutry nous dit que si l'on répète ainsi partout que l'époux ne peut donner que le quart, c'est parce que partout on parle d'un époux laissant *des enfants*, et non pas de celui qui n'en laisserait qu'un !... Ce n'est certes pas là une réponse. M. Boutry eût dû comprendre, d'une part, que quand le cas d'un époux laissant *des enfants* est mis (ce qui a lieu dans tous les passages en question) par opposition au cas d'un époux *ne laissant pas d'enfants*, mais seulement des ascendants, il s'agit aussi bien d'un seul enfant que de plusieurs; il eût dû comprendre, d'autre part, que *deux enfants* sont aussi bien plusieurs que trois, en sorte que le pluriel du mot enfants

ne suffirait pas, dans le système combattu, pour emporter la limite d'un quart, puisque, dans ce système, deux enfants permettent un tiers. — La réponse de M. Hervé est beaucoup plus étrange encore; elle est vraiment curieuse..... Notre estimable confrère, quand il arrive à cette réponse, vient précisément de dire quelques lignes plus haut que, pour priver les conjoints du droit de se donner un tiers ou moitié, il eût fallu changer le texte de l'article 1094, le rendre prohibitif de facultatif qu'il est, en disant *l'époux ne pourra donner que*, au lieu de *l'époux pourra;* mais que le législateur n'a pas voulu le faire. C'est après cette remarque qu'il arrive à ce fait, par nous signalé, que tous les passages des travaux préparatoires sont unanimes pour reconnaître à l'article ce sens prohibitif, et répètent de concert que *l'époux* NE *pourra donner* QUE le quart, et que, *s'il donnait plus*, IL Y AURAIT RÉDUCTION. Or savez-vous ce que M. Hervé répond à ceci? On pourrait le donner en cent et en mille. Il répond que tous ces passages ne jettent aucun jour sur la question, et s'étonne qu'on ait attaché tant d'importance à des documents qui sont ici sans aucune valeur, puisqu'ils ne sont *qu'une simple paraphrase de l'article*, que *la reproduction paraphrasée du texte lui-même!*... En vérité, M. Hervé n'y pense pas, et on ne saurait mieux constater sa défaite tout en chantant victoire. Du moment que le *ne que* tant de fois répété des procès-verbaux n'est que la reproduction paraphrasée du texte, c'est-à-dire l'exposition plus explicite de sa véritable pensée, c'est donc que le sens de la règle est bien prohibitif et n'est pas du tout facultatif..... Il est impossible, on le voit, de mieux se contredire et se battre soi-même : on commence par avancer que le législateur n'a pas voulu dire *que l'époux* NE *pourrait donner* QUE *le quart*, que cette idée est loin de son esprit; et quand il s'agit de répondre aux adversaires, on finit par avouer et proclamer que ceux qui traduisent le texte par ce *ne que* ne font que reproduire plus explicitement et très-exactement la vraie pensée de la loi! Que pourrions-nous demander de plus que cette concession?

4° En omettant les arguments secondaires de MM. Boutry et Hervé (dont la réfutation nous mènerait trop loin, et dont on devine d'ailleurs la valeur d'après ce qu'on voit des arguments

principaux), il ne nous reste à parler que de deux passages des travaux préparatoires que l'on prétend contraires à notre doctrine.

Le premier, que nos estimables adversaires invoquent tous deux, est tiré du titre du Contrat de mariage, et consiste à dire que *le mari peut donner à sa femme, et la femme à son mari, comme à toute autre personne, la portion disponible de leurs biens.* Or comme ce passage, en constatant ainsi la faculté qui existe pour deux époux, comme pour toutes autres personnes, de se donner tout leur disponible, ne s'occupe pas (et n'avait pas à s'occuper, en effet) d'indiquer le chiffre de ce disponible, il est clair qu'il est parfaitement étranger à notre question, et qu'il ne peut rien signifier ni pour ni contre..... Il est vrai qu'on semble vouloir faire entendre ces mots : *le mari peut donner à sa femme et la femme à son mari*, COMME A TOUTE AUTRE PERSONNE, *sa quotité disponible*, dans ce sens qu'un époux peut donner à son conjoint ce qu'il peut donner à un étranger, que le disponible pour l'un est aussi le disponible pour l'autre, et que la formule *il peut donner* COMME signifie *il peut donner* AUTANT. Mais cette idée, que nos adversaires n'osent pas même formuler, ne serait en effet pas soutenable, puisqu'elle donnerait au second conjoint d'un époux n'ayant de son premier mariage qu'un seul enfant le droit de recevoir moitié, tandis qu'il ne peut recevoir qu'un quart..... Et comment, en effet, nos jeunes docteurs ont-ils oublié cette règle fondamentale de toute interprétation, qu'une proposition doit toujours s'entendre *secundum subjectam materiam?* comment n'ont-ils pas vu que le tribun Duveyrier, qui ne parle pas ici sur notre titre *des Donations*, et pour donner la mesure du disponible dans les différents cas, mais sur le titre *du Contrat de mariage*, ne songeait pas là le moins du monde à indiquer *ce que* les époux peuvent se donner, mais seulement à constater le fait qu'ils peuvent se donner quelque chose, par opposition aux anciennes coutumes qui défendaient toute donation entre époux? Cette règle de l'interprétation *secundum materiam*, à laquelle on devrait être bien rompu avant même d'être docteur, était ici d'une application d'autant plus facile, le fait que le tribun Duveyrier ne voulait pas dire *combien* les conjoints peuvent se donner, mais seulement que *les conjoints peuvent se*

donner par opposition à l'ancien droit, était d'autant plus saillant, et l'erreur de nos jeunes confrères est dès lors d'autant plus étonnante, que cette opposition aux coutumes, qu'entendait signaler le tribun, est par lui exprimée en toutes lettres dans la phrase même qu'on a si mal comprise. M. Duveyrier dit : « *La défense faite par les coutumes aux époux de s'avantager entre eux n'existe plus*, » et c'est comme répétition de la même idée qu'il ajoute : « *Un époux peut toujours donner à son conjoint comme à tout autre.* » Mais, encore une fois, il se garde bien de dire AUTANT *qu'à tout autre*, ce qui, en effet, était impossible à dire, même dans le système des adversaires. Même pour les adversaires, disons-nous, et c'est bien évident, puisque s'ils s'efforcent de méconnaître le sens prohibitif de l'article 1094, ils ne peuvent toujours pas méconnaître celui de l'article 1098.

Mais si cette première citation n'est pas heureuse, la seconde, que M. Hervé nous oppose comme tranchant péremptoirement la question et ne laissant plus de réplique possible (en sorte que c'est à ce document par lui découvert que serait due la fin de cette grande dispute), est bien autrement malheureuse encore. Elle n'est, en effet, qu'un énorme quiproquo, qui retombe de tout son poids contre la doctrine dont on prétendait assurer par là le triomphe, et on est plus qu'étonné, on est peiné de trouver une telle pauvreté de raisons sous une si grande assurance de paroles. Après avoir donné pour toute réponse à ces déclarations de M. Bigot-Préameneu et de M. Jaubert : « *Si l'époux laisse des enfants, la donation* NE *pourra comprendre* QUE *le quart des biens; si elle excédait*, ELLE SERAIT RÉDUITE, » cet aveu si naïf que ce n'est là qu'une reproduction paraphrasée du texte, M. Hervé ajoute victorieusement : « Mais si les adversaires, au » lieu de s'arrêter court ici, s'étaient donné la peine de conti- » nuer la lecture du discours de M. Bigot-Préameneu, qu'ils se » plaisent ainsi à mettre de leur parti, ils auraient vu ces mots » qui suivent presque immédiatement, et qui font ressortir clair » comme le jour et le vrai sens de l'article 1094 et le triomphe » de notre opinion..... Nous nous étonnons que, de tous les au- » teurs qui partagent notre opinion, aucun, pas même M. Be- » nech, n'ait remarqué ce passage, qui est si décisif et ne laisse

» place à aucune réplique. Que reste-t-il, en effet, de cet écha-
» faudage si péniblement élevé? Rien que l'empire d'idées dès
» longtemps enracinées..... » Or sait-on quel est ce passage si décisif, en présence duquel il ne reste rien de nos arguments, qui rend toute réplique impossible et prouve si péremptoirement le droit pour les époux ayant des enfants communs de se donner le tiers ou la moitié? C'est la première partie d'un alinéa dont l'ensemble, qui nous est déjà connu, explique nettement comme quoi, et aussi pourquoi les époux (en cas d'enfants communs) ne peuvent se donner que le quart! M. Bigot-Préameneu, dans cet alinéa, développe deux idées; et c'est précisément la seconde, celle qui contient l'explication de l'article 1094, et dont la première n'est que le préambule, que M. Hervé laisse de côté!

M. Bigot nous dit d'abord — que *la loi donnant la faculté de disposer, même au profit d'un étranger, des biens qui ne sont pas réservés; il eût été inconséquent de refuser cette faculté à un époux envers son conjoint;* et que *tel est même l'effet de l'union intime des époux, que leur affection se porte plutôt sur celui d'entre eux qui survivra que sur leurs héritiers.* — C'est là, au beau milieu de la pensée de l'orateur, que s'arrête l'étrange citation de M. Hervé, de manière à faire croire que la loi a entendu consacrer pleinement cette affection de l'époux plus grande pour son conjoint que pour les héritiers, et qu'elle lui permet dès lors, dans tous les cas, de donner à ce conjoint plus ou du moins autant qu'à un étranger, c'est-à-dire *le tiers ou la moitié* avec deux enfants ou un enfant. Or c'est précisément tout le contraire; car M. Bigot continue son explication en disant que *l'on a suivi le cours de cette affection* POUR L'ÉPOUX NE LAISSANT PAS D'ENFANTS, *en lui permettant de donner à son conjoint plus qu'à un étranger;* mais que *s'il laisse des enfants, cette préférence pour le conjoint n'est plus admise, à ce point que, sous aucun prétexte, et quand même il serait convaincu que ce conjoint redonnera plus tard aux enfants les biens qu'il va lui donner*, IL NE POURRA JAMAIS LUI LAISSER QUE LE QUART!

VI.—Il reste donc bien établi, et démontré jusqu'à l'évidence, que le disponible d'un quart (en propriété, plus un autre quart en usufruit) est le seul qui soit permis entre époux ayant des

enfants communs; que les arguments imaginés, soit par les deux jeunes docteurs au travail desquels nous venons de répondre, soit par les honorables professeurs dans les enseignements desquels ils ont pu les recueillir, n'ajoutent absolument rien à la dissertation dès longtemps réfutée de M. Benech; et que ce n'est point par une routine contraire à la raison, comme le pense M. Hervé, mais bien par des motifs parfaitement rationnels et juridiques, que les divers arrêts qui ont jugé la question, après comme avant la publication du livre de M. Benech, l'ont tous décidée dans le sens de la prohibition absolue de toute disposition de moitié ou du tiers.

V. MARCADÉ.

ENREGISTREMENT. — DONATION A TERME.

Examen critique de trois arrêts de la Cour de cassation.

Req. 2 avril 1839; *Dall.*, 1839, 1, 175. — Civ. rej. 26 juin 1849; *Dall.*, 1849, 1, 272. — Cassat. 20 novembre 1849; *Dall.*, 1850, 1, 25.

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur suppléant à la Faculté de droit de Toulouse.

Le cas d'une donation de somme, payable à terme, généralement au décès du donateur, présente plusieurs questions délicates, intéressantes principalement dans la pratique, sous le rapport de la perception des droits d'enregistrement. Mais la solution des questions de droit fiscal est subordonnée là, comme partout, à l'analyse exacte de l'opération au point de vue du droit civil; nous devrons donc nous demander préalablement, en droit civil, si une semblable donation est valable, hors contrat de mariage [1], quelles que soient la consistance et

[1] Si la donation est faite par contrat de mariage, comme il arrive le plus souvent, la question change de termes, mais ne perd pas son importance. Elle doit alors être formulée ainsi : La donation vaudra-t-elle comme donation de biens présents, ou comme donation de biens à venir? Par conséquent, sera-t-elle caduque, en cas de prédécès du donataire et de sa postérité? Le donataire viendra-t-il à

la nature des biens du donateur, à l'époque de la donation.

De la solution de cette question découlera, en matière d'enregistrement, la solution des questions suivantes :

1° Un droit proportionnel est-il dû sur l'enregistrement de l'acte de donation?

2° Un droit proportionnel est-il dû sur l'enregistrement de l'acte constatant le payement?

3° Au décès du donateur, la valeur de la donation, non payée, doit-elle être distraite de la valeur totale de la succession, laquelle doit être déclarée par l'héritier *sans distraction des charges* (Loi du 22 frimaire an VII, art. 14, n° 8, et 15, n° 7)?

§ 1. — Droit civil.

La donation d'une somme, payable au décès du donateur, est-elle valable, hors contrat de mariage, quelles que soient la consistance et la nature des biens du donateur, à l'époque de la donation? Je réponds : Non, elle n'est pas valable, et cela, sans distinction et dans tous les cas; toutefois, un résultat analogue, mais non pas identique, peut être produit au moyen de la donation actuelle d'une somme, avec réserve de l'usufruit au profit du donateur.

Le texte de la loi, son esprit, ses antécédents historiques commandent cette solution.

Le texte de la loi, car aux termes de l'article 894 du Code Napoléon, « la donation entre-vifs est un acte par lequel le do- » nateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la » *chose donnée*, en faveur du donataire qui l'accepte. » En vain on objecte que la chose donnée, ici, est une créance, constituée par le donateur contre lui-même actuellement et irrévocablement; que par là le donateur diminue son crédit pour l'avenir, et autorise le donataire à exercer dès à présent tous les actes conservatoires de sa créance (art. 1180), à invoquer même, au besoin, la déchéance du bénéfice du terme (art. 1188). Je réplique : Une créance est l'affectation générale de tous les biens présents et à venir du débiteur au payement de la dette; c'est

contribution, s'il y a lieu, avec les créanciers du donateur? (Conférez art. 1081, 1082, 1089 du Code Napoléon.)

donc donner indirectement des biens à venir que de constituer à titre gratuit une créance, sans affectation spéciale d'aucun des biens existants lors de la donation ; c'est violer la règle fondamentale, *Donner et retenir ne vaut* (art. 943 et 944).

L'esprit de la loi..., car pour éviter des donations téméraires, la loi veut que le donateur éprouve, d'une manière sensible et actuelle, l'appauvrissement résultant pour lui de sa libéralité; or celui qui donne à terme, ou, pour mieux dire, celui qui promet de donner, celui-là peut se faire de grandes illusions sur la fortune qu'il aura au jour de l'échéance; il peut ne pas comprendre, au moment de la donation, toute la portée de l'acte qu'il souscrit.

Ces considérations devraient nous amener à conclure à la nullité de la donation dont il s'agit, et aussi bien à la nullité de tout pacte tendant aux mêmes fins. Et pourtant, avons-nous dit, si l'acte en question ne vaut pas d'une manière simple et directe, un résultat analogue peut être produit d'une manière oblique et détournée!

La très-ancienne jurisprudence française était plus conséquente : elle entendait à la rigueur la maxime *Donner et retenir ne vaut;* elle ne se contentait pas d'un dessaisissement du droit, d'une tradition feinte, elle exigeait le dessaisissement actuel de la chose, la tradition réelle; en un mot, pour elle, c'était donner et retenir que de donner sous réserve d'usufruit [1]. La rigueur de cette doctrine donnait une sanction énergique au système des réserves coutumières : celui qui voulait dépouiller ses héritiers, quant à ses propres, devait commencer par se dépouiller lui-même, sans tempérament ni rémission. Mais sous l'influence des principes du droit romain, et, sans doute, l'ancienne organisation de la famille venant à s'altérer, la jurisprudence tendit à valider les clauses de constitut ou de précaire, ainsi que les réserves d'usufruit insérées dans les donations; plusieurs coutumes, à l'époque de leur réformation, consacrèrent *législativement* cette jurisprudence : « Ce n'est donner et retenir, dit l'article 275 de la nouvelle coutume de Paris, ajouté lors

[1] Une disposition semblable se rencontre, encore aujourd'hui, dans l'article 1422 du Code Napoléon.

de la réformation, « quand on donne la propriété d'aucun héri-
» tage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y
» a clause de constitut ou précaire, et vaut telle donation; » et cette disposition de la coutume de Paris fut étendue à toutes les coutumes qui n'avaient pas de dispositions contraires.

Toutefois la controverse ne fut pas encore tranchée par ce texte; elle se prolongea, quant aux donations mobilières, jusqu'à l'ordonnance de 1731. « Depuis que les traditions *feintes* ont été
» admises parmi nous, d'après le droit romain, concurremment
» avec les traditions *réelles*, dit Sallé (sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731), « tout le monde convient que l'une ou
» l'autre de ces deux traditions suffit à présent pour perfectionner
» une donation entre-vifs, quand il s'agit d'un immeuble qui a
» une assiette stable et certaine. Mais quand la donation a pour
» objet une chose mobilière, les sentiments ont été partagés.
» Quelques-uns (comme Duval en son Traité deuxième *De rebus*
» *dubiis*) croient que la tradition par voie feinte, par ré-
» tention d'usufruit, constitut, précaire, ou autrement, n'est
» pas suffisante en une donation de meubles, mais que pour la
» faire valoir, il est nécessaire qu'il y ait une délivrance réelle et
» actuelle. Cet avis est fondé sur cette maxime, que les meubles
» n'ont point de suite, et il est conforme à l'article 113 de la cou-
» tume de Sedan, qui porte que *les donations de meubles ne*
» *sont valables sans la tradition et délivrance réelle et actuelles*
» *des choses données*. D'autres soutiennent au contraire que ni
» la tradition réelle ni la feinte ne sont nécessaires pour la va-
» lidité d'une donation de meubles, parce que leur possession
» n'est pas considérable. Ricard a rejeté l'un et l'autre senti-
» ment, comme donnant chacun dans une extrémité condam-
» nable, et il a pris un parti mitoyen; il pense qu'il faut suivre
» littéralement nos coutumes, lesquelles requièrent la tradition
» par voie réelle ou feinte, et se contentant ou de l'une ou de
» l'autre, sans distinguer les meubles ni les immeubles, doi-
» vent s'entendre des donations de toute espèce, suivant la loi
» 4, D., *De Precario*, qui porte que *de rebus etiam mobilibus*
» *precarii rogatio consistit*. L'ordonnance a adopté ce dernier
» sentiment, qui, comme le plus régulier, doit aussi servir de

» règle pour les donations antérieures à l'ordonnance. »

C'est encore à cette ancienne controverse que le Code fait allusion dans l'article 949, lorsqu'il dit avec une précision particulière : « Il est permis au donateur de faire la réserve à son » profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance » ou de l'usufruit des biens *meubles ou immeubles* donnés. »

Si à ces antécédents historiques on joint l'étude du texte de la loi, dans son ensemble ; si l'on considère que nulle part le Code ne prévoit, même indirectement, un acte aussi usité que la donation de somme payable après le décès du donateur, on est amené à conclure que, pour autoriser cette disposition, le Code l'analyse en une donation actuelle, sous réserve d'usufruit.

Voici pourtant l'objection qu'on peut me faire : s'agissant d'une chose fongible, comme est une somme d'argent, il ne peut être question d'un usufruit véritable, mais seulement du quasi-usufruit ; or le droit du nu-propriétaire, en cas de quasi-usufruit, se réduit à une créance pure et simple ; donc la clause de constitut n'est ici qu'une vaine subtilité, bonne autrefois pour éluder les anciennes règles sur la tradition, mais rendue inutile aujourd'hui par les articles 938 et 1138 du Code Napoléon.

Je réponds : Quand cette argumentation serait exacte en droit civil (et elle ne l'est pas de tous points), j'aurais encore le droit de m'emparer, quant au règlement des droits d'enregistrement, de l'état du droit civil au moment où la loi fiscale a été faite ; s'il est vrai que le Code, sans rien innover quant au fond du droit, ait seulement simplifié l'analyse de l'opération dont il s'agit, cette simplification de pure forme, introduite dans les principes du droit civil, ne doit pas réagir sur l'interprétation de la loi du 22 frimaire an VII. La clause de constitut devait être jadis formelle et explicite, elle peut être aujourd'hui implicite et virtuelle, voilà à quoi se réduit l'innovation des articles 938 et 1138.

Mais, même en droit civil, il n'est pas exact d'assimiler complétement dans leur résultat pratique la théorie du quasi-usufruit réservé, et la théorie de la donation d'une créance. Si nous supposons, en effet, qu'une donation ait été faite au delà des facultés actuelles du donateur, quelle voie lui est ouverte à lui-

même, s'il se repent de son imprudente libéralité? Quelle voie est ouverte à ses créanciers auxquels la donation préjudicie? Dans la théorie de la donation d'une créance, la seule voie de recours ouverte au donateur est dans l'article 901 : « Pour faire une donation entre-vifs, il faut être sain d'esprit. » Quant aux créanciers, ils ne pourront agir, en leur nom personnel, que si la donation a été frauduleuse de la part du donateur (art. 1167). Les tribunaux pourront, sans doute, juger en fait, avec plus ou moins de facilité, que la libéralité excessive constitue soit un acte de démence, soit un acte frauduleux; c'est un palliatif dont la pratique pourrait quelquefois s'emparer, mais il est impossible d'arriver, dans ce système, à l'établissement d'une théorie précise sur le cas proposé.

Au contraire, dans la théorie du quasi-usufruit, la solution est nette : le donateur ou ses créanciers, de son chef, peuvent faire prononcer la nullité de la donation en vertu de l'article 943 : « La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens pré» sents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle » sera nulle à cet égard. »

Est-ce à dire que dans la théorie du quasi-usufruit, la donation ne sera valable que si le donateur a la somme donnée existant en espèces, au jour de l'acte? Une pareille exigence serait peu sérieuse : en effet, si le donateur est propriétaire des écus, au jour de l'acte, il peut le lendemain en disposer encore, comme quasi-usufruitier, et les placer, comme bon lui semble, en immeubles ou autrement. S'il ne les a pas, mais qu'il ait des biens suffisants pour en répondre, il trouvera aisément à les emprunter, et avec ces mêmes deniers il pourra rembourser immédiatement le prêteur. Nous satisfaisons donc convenablement à l'esprit de la loi qui prohibe la donation de biens à venir, en exigeant que les biens du donateur aient, au moment de l'acte, une valeur au moins équivalente au montant de la donation, quelle que soit du reste la nature de ces biens.

Pour le surplus, l'analyse de l'opération, soit en une donation de créance, soit en une donation actuelle de la somme, sous réserve d'usufruit, revient au même quand il s'agit de choses fongibles. Dans le système du quasi-usufruit que je dé-

fonds, le donataire, dit-on, est saisi dès le principe de la propriété de la somme donnée, mais un droit de propriété qui ne porte pas sur un corps certain et déterminé, ne se peut concevoir que par l'effet de la fiction légale qui a créé le quasi-usufruit. Le donataire, propriétaire de la somme non payée, ne pourra, à l'extinction de l'usufruit, prétendre aucun droit de préférence sur les créanciers du donateur; il est, comme eux, livré à sa foi et subit tous les risques de son insolvabilité, d'autant plus que, par la nature même de l'acte, le donateur est, de plein droit, dispensé de fournir caution (art. 601).

Toutefois les différences pratiques des deux systèmes, dans le cas d'une libéralité imprudente, laissent encore une véritable importance, même en droit civil, au maintien des anciens principes; cette importance augmente encore quand il s'agit de régler la perception des droits d'enregistrement.

C'est ce qui nous reste à étudier dans le paragraphe suivant.

§ 2. — Conséquences des deux systèmes quant à la perception des droits d'enregistrement.

PREMIER SYSTÈME. Si la donation à terme n'est valable, en droit civil, qu'en l'analysant ainsi : donation actuelle de la propriété de la somme, et réserve d'usufruit par le donateur, il s'ensuit, en droit fiscal, les conséquences suivantes :

1°) Un droit proportionnel est exigible lors de l'enregistrement de l'acte de donation, car c'est à ce moment que s'opère l'acquisition au profit du donataire (Loi du 22 frimaire an VII, art. 4).

Ce droit sera liquidé sur l'intégralité de la somme dont le donataire acquiert actuellement la propriété [1].

2°) Aucun droit proportionnel ne sera exigible sur l'acte constatant la délivrance de la somme donnée, à l'époque de l'extinction de l'usufruit (Loi du 22 frimaire an VII, art. 15-7°).

3°) Le donataire étant saisi, depuis le jour de l'acte, de la propriété de la somme donnée, cette somme, alors même qu'elle

[1] Ce mode de liquidation a été constamment suivi dans la pratique. *V.*, en sens contraire, MM. Rigaud et Championnière, n° 3524, et conférez, dans cette *Revue*, t. II, p. 310, l'article de M. Dorlencourt.

n'a point été acquittée par le donateur, de son vivant, ne fait point partie de sa succession; l'héritier est donc autorisé à distraire, dans sa déclaration, les valeurs nécessaires pour en opérer la délivrance (nonobstant loi du 22 frimaire an VII, art. 14-8° et 15-7°).

Cette proposition doit être maintenue, quelle que soit d'ailleurs la nature, mobilière ou immobilière, des biens laissés par le défunt; c'est la conséquence nécessaire de la propriété purement fictive, reconnue au donataire. La propriété de la somme donnée n'attribue au donataire aucun droit exclusif sur les valeurs mobilières, rentes, actions ou créances, ni même sur l'argent comptant de la succession; si l'on admet que la fiction légale du quasi-usufruit permet d'échapper, dans le cas proposé, au principe des articles 14-8° et 15-7° et d'opérer la distraction de la somme donnée sur la valeur du mobilier, la difficulté n'est pas plus grande pour opérer cette distraction sur la valeur estimative des immeubles [1]. L'administration, aujourd'hui, n'a même plus d'intérêt à contester ce résultat à l'égard des donations postérieures à la loi du 18 mai 1850, cette loi frappant les donations mobilières du même droit qui frappe les donations d'immeubles (L. 18 mai 1850, art. 10).

Remarquons d'ailleurs que toutes ces propositions s'enchaînent et forment le correctif l'une de l'autre : la première proposition sans doute est rigoureuse, 1° en ce qu'elle permet à l'administration de percevoir un émolument avant le donataire; 2° en ce qu'elle frappe une acquisition, dépendant de la solvabilité ultérieure du donateur, conséquemment éventuelle, d'un impôt égal à celui qui frappe l'acquisition actuelle d'un objet certain et déterminé. Mais cette rigueur s'explique, puisque, dans ce système, la donation ne peut valoir, en droit civil, qu'en considérant fictivement la somme donnée comme formant, dès le principe, un objet certain et déterminé. Après avoir déduit de la théorie du quasi-usufruit cette première proposition, favorable à l'administration, il n'est pas permis de repousser les autres déductions de la même théorie, en tant qu'elles sont avan-

[1] *V.* toutefois MM. Rigaud et Championnière, n° 3409, et le *Supplément*, n° 534.

tageuses aux contribuables ; le système est à prendre ou à laisser dans son ensemble.

Deuxième système. Étant admis que la donation à terme constitue au profit du donataire une créance pure et simple, il s'ensuit sur les trois questions proposées les solutions suivantes :

1°) Aucun droit proportionnel n'est exigible sur l'enregistrement de l'acte de donation, car la loi ne frappe du droit d'obligation (50 centimes par 100 francs) que les actes contenant obligations de sommes *sans libéralité* (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § III, n° 3, et loi du 7 août 1850, art. 9).

2°) Un droit proportionnel sera exigible sur la quittance, donnée par le donataire au donateur ou à son héritier.

Comment ce droit sera-t-il liquidé? A 25 centimes par 100 francs (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § II, n° 11, et *loi du* 7 août 1850, art. 9), s'agissant d'une quittance pure et simple. Cependant on peut soutenir que le droit de 25 centimes p. 100, exigible sur une quittance, est le corrélatif d'un droit de 50 centimes p. 100, exigible sur un acte d'obligation ordinaire; que ce droit de 50 centimes p. 100 étant écarté par le texte de l'article 69, § III, n° 3, le droit ordinaire de quittance doit être écarté pareillement; que, d'autre part, la donation se consommant au moment du payement, un droit proportionnel de donation peut être pris sur la quittance, à raison des deniers acquis alors par le donataire. Cette solution, en faisant une part encore assez large au droit de l'administration, est cependant plus avantageuse aux contribuables que la première proposition du système précédent : 1° en ce que la quittance n'étant pas, comme la donation elle-même, assujettie à la rédaction d'un acte authentique, tout droit proportionnel peut être évité; 2° en ce que l'impôt n'est perçu qu'au moment où l'acquisition du donataire est réalisée; 3° en ce que cet impôt ne frappe la donation qu'au prorata de l'émolument du donataire; ce dernier résultat est fort important en cas de réduction, opérée par les héritiers à réserve, et encore en cas de contribution du donataire avec les autres créanciers du donateur.

3°) La donation constituant une simple créance, il y a lieu incontestablement d'appliquer les articles 14-8° et 15-7° de la

loi du 22 frimaire an VII et d'asseoir les droits de mutation par décès sur la valeur totale de la succession, *sans distraction des charges*.

§ 3. — Examen critique de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1822.

Nous avons ici à distinguer deux périodes : dans la première, qui s'étend de 1822 à 1838, la Cour formule, dans ses propositions fondamentales, la théorie du quasi-usufruit, l'administration même accueille cette théorie; dans la seconde période, qui s'ouvre en 1839, la Cour prend pour base de ses décisions la théorie de la donation d'une créance; mais on ressent, dans la divergence de ses trois derniers arrêts, l'hésitation qui accompagne généralement, à son début, un revirement de jurisprudence.

Le première question qui se présente à la Cour, dans l'ordre chronologique, est la même qui s'est présentée à notre étude dans l'ordre logique des idées : un droit proportionnel est-il dû sur l'enregistrement de l'acte de donation? La Cour répond affirmativement par arrêt de cassation du 8 juillet 1822 (*Petit de Beauverger*); mais pour arriver à ce résultat, la Cour se fonde et insiste sur ce que la donation à terme opère transmission actuelle de la propriété de la somme donnée; c'est reconnaître implicitement qu'en dehors de cette considération, la base de toute perception vient à manquer, ainsi qu'il résulte manifestement de la combinaison des articles 4 et 69, § III, n° 3, § IV et § VI n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII.

Par les mêmes motifs, la Cour décide successivement : 1° qu'aucun droit proportionnel n'est dû sur l'enregistrement de l'acte constatant la délivrance de la somme donnée (5 mars 1825, *Nilloud;* 17 avril 1826, *Gas*); 2° « qu'au décès du donateur, la » somme donnée ne faisant plus partie de la succession du dona- » teur, mais étant dévolue au donataire, qui en réunit alors l'u- » sufruit à la propriété, il n'est dû, à cet égard, par les héritiers » aucun droit de mutation par décès » (18 février 1829, *de Plas;* 1er avril 1829, *héritiers Briant de Laneuville*).

Il ne paraît pas que, dans les espèces de ces arrêts, le mobilier héréditaire se soit trouvé insuffisant pour acquitter la donation; la Cour n'a donc pas eu alors à se prononcer sur la diffi-

culté particulière que ce cas semble présenter; mais je crois avoir démontré (*suprà*, § II) que, logiquement, la doctrine du quasi-usufruit ne comporte pour ce cas aucune distinction. Quoi qu'il en soit, cette doctrine paraissait si bien établie que l'administration la comprenait dans son instruction générale du 18 juin 1838, n° 1562, § XVII; seulement, après avoir rapporté littéralement les motifs consacrés par la Cour de cassation, l'administration ajoutait ce motif nouveau : « La donation faite entre-» vifs, en avancement d'hoirie, est un démembrement anticipé » de la succession. Lorsque le droit proportionnel a été acquitté » sur l'acte de donation, ce droit ne peut pas être exigé une se-» conde fois à l'ouverture de la succession, si, en vertu des sti-» pulations du contrat, la chose donnée n'est point sortie des » mains du donateur. » En fait, dans les espèces des cinq arrêts ci-dessus rapportés, il était arrivé que les donataires étaient venus à la succession des donateurs; mais cette circonstance, logiquement étrangère à l'établissement de la doctrine de ces arrêts, n'est nulle part visée, même incidemment, dans leurs motifs; nous pouvons donc la considérer comme n'ayant influé en rien sur la jurisprudence que professait alors la Cour de cassation.

Tout au contraire, la circonstance que le donataire devient ou non héritier du donateur peut avoir son importance dans la théorie opposée, la théorie de la donation d'une créance; nous la trouvons même considérée comme déterminante dans les motifs de l'arrêt du 2 avril 1839 (*Gouvelle de Kiaval*) qui, le premier, consacre cette théorie nouvelle; mais quel argument fournissait cette circonstance, dans la pensée de la Cour? je ne sais; l'argument est posé, nullement démontré; voici le texte de cet arrêt : « Attendu que les donataires ne sont ni héritiers ni léga-» taires de la dame Foucault; qu'ils ne peuvent réclamer que » comme des étrangers, réclamant une *créance* que la succession » doit acquitter ;

» Attendu dès lors que cette créance est une charge de la suc-» cession, qui ne peut être payée qu'en réalisant *soit l'actif mo-» bilier, soit l'actif immobilier ;*

» Attendu que les charges des successions ne doivent pas être

» déduites de l'actif (Loi du 22 frimaire an VII, art. 14-8° et » 15-7°) pour la fixation des droits à payer par l'héritier;

» Attendu que le jugement, en ordonnant le payement des » droits dus par les légataires universels pour l'intégralité de la » succession, *sauf la déduction toutefois de ceux payés en* 1821 » (à l'époque de la donation), loin de violer la loi, en a fait une » juste application, etc. »

Trois points sont à remarquer dans cet arrêt : 1° Le droit du donataire se réduit à une simple créance, laquelle ne peut être payée qu'en réalisant soit l'actif mobilier, soit l'actif immobilier de la succession. La Cour insiste sur ce point ; car, dans l'espèce, la donation était de 50,000 francs et l'actif mobilier, au décès du donateur, montait à 78,000 francs. Les demandeurs en cassation se prévalaient de cette circonstance ; la Cour n'y a aucun égard et, en cela, sa décision me semble parfaitement juridique.

2° La décision est limitée au cas où le donataire ne devient plus tard ni héritier ni légataire du donateur. Cette distinction, insoutenable suivant MM. Rigaud, Championnière et Pont[1], a été consacrée de nouveau par l'arrêt du 26 juin 1849, mais elle a été formellement condamnée par l'arrêt de *cassation* du 20 novembre 1849 ; cependant on peut soutenir que lorsque le donataire se trouve héritier ou légataire à titre universel du donateur, la confusion qui s'opère en sa personne acquitte instantanément la donation, et qu'ainsi, de plein droit, l'actif héréditaire se trouve diminué d'autant. Est-ce là la pensée de la Cour ? J'en doute fort ; je crois que le rédacteur de l'arrêt a voulu seulement éluder, par une distinction, le reproche de se mettre en contradiction directe avec les arrêts du 18 février et du 1er avril 1829 ; mais la contradiction, dès lors, est manifeste, car ces arrêts de 1829, par la généralité de leurs motifs, excluaient toute distinction.

3° La Cour ordonne le payement des droits de mutation par décès sur l'intégralité de la succession, mais sous la déduction des droits payés lors de l'enregistrement de la donation. Cette imputation des droits de donation sur les droits de mutation par

[1] *Supplément au Traité des droits d'enregistrement*, n° 534.

décès amène, en fait, à des résultats entièrement différents de ceux que produit, dans la théorie du quasi-usufruit, la distraction de la somme donnée[1]; en droit, elle ne se peut défendre qu'en déclarant franchement que les droits ont été irrégulièrement perçus sur la donation et qu'il y a lieu d'en ordonner la restitution (L. du 22 frimaire an VII, art. 60). Tel est le résultat juridique auquel on doit arriver dans la théorie de la donation d'une créance (*suprà*, § II); et tel est le résultat auquel amène effectivement la déduction, opérée spontanément par le receveur, dans l'espèce de l'arrêt de 1839, déduction approuvée alors formellement par la Cour de cassation.

En somme, la théorie de la donation d'une créance une fois admise, l'arrêt du 2 avril 1839 me paraît très-juridique dans ses résultats[2]; il reste seulement à en développer les motifs.

L'arrêt du 26 juin 1849 (*de Nédonchel*) intervient dans une espèce analogue, et statue par des motifs identiques, au fond, à ceux du précédent. La cause présentait cette seule différence que l'actif mobilier de la succession n'était pas suffisant pour acquitter la donation; le receveur avait cependant opéré la déduction

[1] Dans l'espèce de l'arrêt de 1839, les droits de donation avaient été acquittés, en 1821, à raison de 3 fr. 50 c. par 100 fr. (L. 28 avril 1816, art. 53); le droit de mutation par décès était, en 1839, de 6 pour 100 (L. 21 avril 1832, art. 33, *in fine*). D'après la jurisprudence antérieure, il restait à payer par l'héritier 6 pour 100 sur 28,000 fr. D'après le système de l'arrêt, l'héritier devait 6 pour 100 sur 78,000 fr., sous la déduction des 3 fr. 50 c. pour 100 payés sur 50,000 fr. Si mes calculs sont exacts, la différence en plus, à la charge de l'héritier, était de 1,585 fr. — Dans l'espèce de l'arrêt du 26 juin 1849, l'intérêt du procès était plus considérable, parce que la donation faite à un neveu du donateur, par contrat de mariage, en 1817, n'avait été taxée qu'à 1 fr. 25 c. par 100 fr. (L. 28 avril 1816, art. 53, *in fine*); la légataire universelle devait 6 pour 100 (L. 21 avril 1832, art. 33, *in fine*). — Mais ce procédé pourrait tourner au détriment de la Régie, car il se peut faire que le donataire ait payé 9 pour 100 (L. 21 avril 1832, art. 33, et L. 18 mai 1850, art. 10), et que l'héritier, s'il est parent en ligne directe, soit tenu des droits à raison seulement de 1 pour 100 (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 3, n° 4, et L. 18 mai 1850, art. 10); dans ce cas, si la donation comprend le neuvième de la succession, l'héritier n'aura plus rien à payer. On peut, du reste, multiplier ces combinaisons; mais ces exemples suffisent pour faire comprendre la différence profonde des deux systèmes.

[2] Il faut remarquer que, dans l'espèce, la restitution ayant été opérée spontanément par le receveur de l'enregistrement, la prescription n'avait pas été et ne pouvait pas être invoquée (*V.* L. 22 frimaire an VII, art. 61). Cette circonstance nous dispense même d'examiner si le moyen de prescription devait ici être suppléé d'office par le juge. La Cour de cassation a, sur cette question, jugé la négative par arrêt du 31 mai 1847. *V.* MM. Rigaud, Championnière et Pont, *Supplément*, n° 984.

des droits perçus sur la donation, et diminué d'autant les droits à percevoir sur la mutation par décès des immeubles. Ce procédé était régulier si l'on veut bien avouer qu'il y a lieu à restitution des droits payés lors de la donation; ce principe était en germe dans l'arrêt de 1839, mais la régie, l'entendant autrement, fit des réserves formelles sur ce que les droits de donation mobilière ne pouvaient être déduits de la valeur des immeubles de la succession. La Cour, sans rien préjuger cette fois, donna à l'administration acte de ses réserves.

Enfin l'arrêt de *cassation* du 20 novembre 1849 (*Serret*) vint détruire tous les atermoiements par lesquels la Cour semblait vouloir pallier le revirement complet de sa jurisprudence [1]. Cet arrêt décide :

1° Comme les deux précédents, « que le droit du donataire à terme constitue une simple créance et par conséquent une charge de la succession du donateur, dont il ne peut être fait distraction pour le règlement des droits de mutation par décès; »

A l'inverse des deux arrêts précédents, 2° « qu'il importe peu que le donataire soit institué légataire universel du donateur, car il existe alors deux transmissions essentiellement distinctes [2];

3° La perception, faite sur l'acte de donation, ayant été régulière, la déduction qui en serait faite ultérieurement sur les droits de mutation par décès ne serait, en réalité, que la restitution d'un droit régulièrement perçu, restitution expressément prohibée par l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII. » Ce dernier motif exclut la déduction dans tous les cas, et sans distinction, bien que, dans l'espèce, la déduction, ordonnée par le tribunal, eût porté sur la valeur estimative des immeubles de la succession.

Cette dernière circonstance, qui peut sembler importante dans la théorie du quasi-usufruit, alors qu'il s'agit de la distraction de la somme donnée, ne doit être d'aucune considération dans la

[1] *V.* pourtant MM. Rigaud, Championnière et Pont, *Supplément*, n° 534; mais cette dernière tentative de conciliation me paraît devoir échouer devant les observations que nous avons faites sur l'arrêt de 1839.

[2] Ce motif s'applique aussi bien à l'héritier légitime, à moins que *benigniter* on ne dise, comme l'instruction générale du 18 juin 1838 : « La donation faite » entre-vifs, en avancement d'hoirie, est un démembrement anticipé de la succes- » sion. Lorsque le droit proportionnel a été acquitté sur l'acte de donation, ce » droit ne peut pas être exigé une seconde fois, à l'ouverture de la succession. »

théorie du droit de créance, alors qu'il s'agit de la déduction des droits payés sur la donation. Cette déduction est une restitution de droits, c'est incontestable ; or, pour autoriser cette restitution, toute la question est là : les droits ont-ils été régulièrement perçus lors de la donation? Oui, dit l'arrêt du 20 novembre 1849 ; mais où est la démonstration de cette thèse ? Dans l'arrêt du 8 juillet 1822 ; or sur quoi cet arrêt de 1822 fonde-t-il la perception immédiate du droit de donation? sur la transmission actuelle de la *propriété de la somme* acquise au donataire par le seul fait de son acceptation. Aujourd'hui, vous niez les prémisses et vous retenez la conséquence ; du moins faut-il motiver à nouveau cette conséquence ; c'est ce que ne fait nullement le dernier arrêt de la cour ; voilà sur quoi il faut désormais concentrer le débat.

En somme ; la théorie du quasi-usufruit, consacrée avec un ensemble remarquable par les cinq arrêts intervenus depuis 1822 jusqu'en 1829, est, à mon avis, seule exacte, seule conforme aux traditions historiques, aux textes de la loi du 22 frimaire an VII et du Code Napoléon. Mais cette théorie repose sur une fiction légale dont le sens tend à se perdre, à mesure que s'effacent les souvenirs de l'ancien droit ; il est fort à craindre que la Cour suprême ne refuse de revenir à son point de départ. La théorie opposée est séduisante par l'extrême simplicité de sa base ; la démonstration en est plus claire et plus facile ; qu'on l'admette, je le veux bien ; mais qu'on n'allie pas forcément deux théories contradictoires, pour extraire de chacune d'elles les conséquences les plus favorables à l'administration, et repousser toutes celles qui tendent au dégrèvement des contribuables.

GABRIEL DEMANTE.

DE LA SOLIDARITÉ EN MATIÈRE DE QUASI-DÉLIT.

Par M. Raymond MAGNIER,
Avocat à la Cour d'appel de Paris.

La jurisprudence est à peu près unanime à décider que les auteurs d'un quasi-délit sont tenus solidairement de réparer le préjudice qu'ils ont causé, tandis que la doctrine contraire est vivement soutenue par les plus graves autorités, notamment par MM. Toullier, t. II, n° 151; Duranton, t. II, n° 194, et Marcadé, sous l'article 1382.

Comme la Cour d'appel de Paris, dans un récent arrêt (28 avril 1852), a posé comme une vérité désormais incontestable que la solidarité existe de plein droit entre les auteurs d'un quasi-délit, il peut n'être pas inopportun d'examiner quels sont les véritables principes en cette matière.

Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais : telle est la disposition textuelle de l'article 55 du Code pénal. Mais cet article, placé dans le premier livre du Code pénal, qui traite « des peines en matière criminelle et correctionnelle et de leurs effets, » au chapitre 3 de ce livre, sous la rubrique : « Des peines et des au- » tres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes » et délits, » cet article, disons-nous, est spécial aux crimes et aux délits, mais n'est pas applicable aux simples contraventions. Il faudrait donc qu'il existât une disposition particulière de la loi pour que la solidarité pût être prononcée contre les auteurs d'une contravention; et comme dans le quatrième livre du Code pénal, qui traite « des contraventions de police et » peines, » il n'existe aucun article relatif à la solidarité, on est amené naturellement à conclure que les auteurs d'une contravention ne sont pas, comme les auteurs d'un crime ou d'un délit, tenus solidairement au payement de l'amende, des frais et des dommages-intérêts, car la solidarité ne se présume pas.

Ce que nous disons des contraventions est vrai, à bien plus forte raison, en matière de quasi-délit.

Que l'on ne se méprenne pas sur le silence de la loi; ce n'est pas une négligence ou une omission; on a pesé et mesuré les voies de rigueur qui pouvaient être appliquées en matière de contravention; on a ordonné que l'amende, les restitutions, indemnités et frais entraîneraient la contrainte par corps (art. 467 et 469 C. pén.), mais on n'a pas jugé nécessaire de prononcer la solidarité contre tous les auteurs d'une contravention tant envers l'État qu'envers la partie lésée; l'intention du législateur est ici manifeste, et ressort du texte même de la loi.

Voilà pour les contraventions. En matière de quasi-délit non plus il n'a pu y avoir oubli de la part des rédacteurs de nos Codes, car ils se trouvaient en présence des dispositions bien connues de la loi romaine qui prononçait formellement la solidarité contre les auteurs d'un quasi-délit (ff., *De his qui effuderint*, l. 1, 2 et 5); s'ils n'ont pas donné place dans leur œuvre au principe établi par le législateur romain, ce ne peut être que volontairement et par des motifs faciles à comprendre, que nous ferons ressortir plus loin.

La solidarité ne se présume pas; tel est le principe général, et il ne faut pas craindre de l'appliquer à la lettre. La loi prononce la solidarité entre les auteurs d'un crime ou d'un délit, elle se tait en ce qui concerne les auteurs d'une simple contravention ou d'un quasi-délit. Permis à qui voudra de désapprouver la distinction qu'elle a établie entre ces différentes classes d'infractions; mais il n'en faut pas moins respecter son silence, rester dans le droit commun, et se garder de suppléer une exception qu'elle n'a pas consacrée par une disposition formelle.

A cette argumentation il est difficile de répondre directement; et en effet, on n'a pas essayé de le faire, on a essayé seulement de raisonner par voie d'analogie, et de considérer comme établissant une règle générale en matière de quasi-délit la disposition unique et isolée, dans le Code Napoléon, de l'article 1734, qui déclare tous les locataires d'une maison solidairement responsables de l'incendie. La conclusion nous semble hardie, et le raison-

nement bien défectueux ; en matière de solidarité, il ne peut pas être permis d'établir des analogies, et les textes de loi qui la prononcent ne sont pas susceptibles d'interprétation large. Loin de trouver, dans l'article 1734 que l'on invoque, une objection sérieuse contre notre doctrine, nous pourrions au contraire nous en prévaloir : car s'il a fallu une prescription formelle pour établir la solidarité entre tous les auteurs présumés du quasi-délit résultant de l'incendie, c'est qu'apparemment en règle générale, et dans tous les cas où elle n'est pas prononcée, la solidarité n'existe pas de plein droit entre tous les auteurs d'un quasi-délit.

Parmi les nombreux arrêts qui ont consacré la doctrine de la solidarité en matière de quasi-délit, un seul a cru devoir la justifier, celui de la Cour royale d'Aix, du 14 mai 1825. Cet arrêt est fondé sur des motifs juridiques dont plusieurs pourraient être sérieusement contestés, mais parmi lesquels nous nous bornons à relever celui-ci : « Considérant, y est-il dit, que le » principe que la solidarité ne se présume pas n'est applicable » qu'aux conventions où celui qui la réclame sans l'avoir sti- » pulée a toujours à se reprocher de n'en avoir pas fait une » condition expresse du contrat. » Quoi ! c'est là ce qu'on donne comme un axiome de droit ! Mais c'est une erreur si évidente, qu'il n'est guère la peine de la réfuter. Le principe que la solidarité ne se présume pas comprend dans sa généralité toutes les obligations, aussi bien celles qui prennent leur source dans une convention que celles qui naissent du fait de l'homme, et la solidarité ne peut être appliquée en aucun cas, si elle n'a pas été stipulée ou si elle ne résulte pas d'une décision formelle de la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'article 1202 du Code Napoléon. L'arrêt du 14 mai 1825 conduirait à cet étrange résultat, que la solidarité aurait lieu de plein droit en matière de quasi-contrats comme en matière de quasi-délits, puisqu'il faudrait supposer que la solidarité doit toujours être présumée, à moins qu'on ne se trouve en présence d'une convention claire et précise dans ses termes ; et on serait obligé de décider, par exemple, que si plusieurs venaient à gérer volontairement la chose d'autrui, ils seraient solidairement responsables de leur

gestion envers le propriétaire, ce qui serait en contradiction avec le § 2 de l'article 1372 du Code Napoléon. Une telle doctrine ne tendrait à rien moins qu'à renverser les termes de la loi et à considérer la solidarité comme la règle générale, tandis qu'elle n'est que l'exception; aussi l'on ne saurait s'y arrêter.

La jurisprudence s'est laissé entraîner à prononcer la solidarité entre les auteurs d'un quasi-délit, par l'assimilation trop complète qu'elle a voulu établir entre les délits et les quasi-délits. Elle n'a pas vu que bien que les quasi-délits soient, comme les délits, des faits prohibés, cependant aucun rapprochement n'est possible entre ces deux ordres de faits. Ce qui constitue le délit, c'est l'intention de nuire, *animus nocendi*, tandis que le quasi-délit n'est qu'un fait, nuisible sans doute, mais dépouillé de l'intention qui lui imprimerait un caractère de culpabilité. La loi voit dans le délit commis par plusieurs une pensée criminelle conçue et inventée en commun, un concert coupable; c'est pourquoi elle a voulu que les condamnations en matière de délits et de crimes fussent prononcées solidairement contre tous les auteurs : mais dans le quasi-délit, il n'y a plus d'intention punissable; les auteurs du fait qui a nui à autrui sont tenus de réparer le dommage qu'ils ont causé; ils fournissent cette réparation, non pas à titre de peine, mais à titre d'indemnité; par conséquent il est impossible de les charger tous et chacun de toute la responsabilité d'un fait auquel ils n'ont contribué que chacun pour leur part matérielle.

Tels sont les motifs si profondément équitables des dispositions de nos Codes que nous essayons de montrer sous leur véritable jour; aussi il nous est impossible de partager les regrets qu'exprime M. Duranton, qui, tout en adoptant l'opinion que nous reproduisons ici, convient qu'il aurait été à désirer que le Code Napoléon établît la solidarité entre les auteurs des quasi-délits.

Encore une fois, la solidarité ne se présume pas. Quoi que l'on fasse pour détourner cette règle de son sens naturel, il est impossible de le détruire. Jusqu'à ce qu'il existe un texte de loi formel qui soumette solidairement à la réparation du préjudice qu'ils ont causé les auteurs d'un quasi-délit, nous repoussons toute assimilation que l'on voudrait faire entre les délits et les

quasi-délits, et nous nous en tenons purement et simplement aux termes de l'article 1202 du Code Napoléon, qui sont assez clairs par eux-mêmes pour se passer de toute interprétation.

R. MAGNITIER.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS, par DELVINCOURT, docteur en droit, avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation, et de l'administration générale des forêts.

C'est toujours avec un empressement bien naturel que nous nous livrons à l'examen des recueils spéciaux et pratiques comme celui de M. Delvincourt. Le volume de 1851, que nous avons sous les yeux, s'arrête au 2 décembre; mais M. Delvincourt nous annonce que le volume de 1852 partira de la réorganisation, afin qu'il n'y ait pas de lacune, ce qui revient à dire, en paraphrasant nos pères : Le Conseil d'État est mort, vive le Conseil d'État!

Les matières traitées dans ce recueil comprennent non-seulement les travaux publics des routes, ponts et canaux, mis sous la surveillance et la direction du corps des ingénieurs des ponts et chaussées, mais encore tous les divers marchés de fournitures passés soit avec le ministre de la guerre, soit avec le ministre de la marine, tels qu'ils sont réglés par la loi du 31 janvier 1833.

En général, les décisions, dans leur exposé et leur solution, sont présentées avec une parfaite lucidité; souvent ces décisions sont accompagnées d'observations critiques, justes, il est vrai, mais à notre avis presque toujours trop courtes, et peut-être même quelquefois insuffisantes. Nous avouons sincèrement que nous aimerions bien mieux trouver dans le nouveau recueil des notes un peu plus complètes et des décisions un peu moins nombreuses sur les déchéances des pourvois formés plus de trois

mois après la connaissance acquise de l'arrêté attaqué. Nous ne comprenons pas bien pourquoi l'auteur fait dans ces cas un long exposé de l'affaire qui le conduit à un arrêt de non-lieu de statuer par suite de déchéance. L'affaire Coste exceptée peut-être (p. 249), les autres affaires n'ont qu'un médiocre intérêt. Toutes ces décisions ne devraient-elles pas disparaître, ou figurer comme simple énoncé *conforme?* Notons surtout que sur quarante-cinq arrêts on en trouve neuf de déchéance. M. Delvincourt nous paraîtrait avoir bien plus sûrement atteint son but en abandonnant cette multitude de questions de déchéance pour examiner la doctrine si grave des vices de constructions et de responsabilité de l'entrepreneur. Un arrêt de ce genre, que nous trouvons sans examen doctrinal (p. 62, aff. Massin), présentait surtout cette circonstance intéressante que les plans avaient été vus, redressés et approuvés par la commission départementale des bâtiments civils.

Notre devoir, toutefois, est d'être surtout impartial; aussi signalerons-nous la vigueur pleine de logique avec laquelle M. Delvincourt attaque les abus de mises en régie *injustes*, *immérités*, *illégales*, prononcées par les préfets, *avec indifférence*, sur les demandes des ingénieurs. M. Delvincourt traite encore avec un vrai talent la question de l'approbation ministérielle préalable et celle de l'appréciation, par le Conseil d'État, de la régularité des opérations en matière d'adjudications publiques (p. 228, aff. Martin).

Au point de vue pratique comme au point de vue scientifique, disons que le recueil de M. Delvincourt est une œuvre consciencieuse, rédigée avec soin, mise à la portée de ses lecteurs, et que doivent toujours avoir sous la main les conseils de préfecture, les ingénieurs et tous ceux qui se livrent à l'exécution des travaux publics.

A. LEBAIGUE.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de mai 1852.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Communauté; reprises.* — L'action en reprises d'un époux sur sa communauté pour aliénation de propres est mobilière ou immobilière, selon que son résultat donne à l'époux des meubles ou des immeubles. — Critique d'un arrêt contraire de Nancy et de l'étrange et fausse doctrine de M. Troplong sur ce point.
2. *Communauté; inaliénabilité.* — L'inaliénabilité des immeubles de la femme ne peut exister que sous le régime dotal, et ne peut pas dès lors résulter d'une simple clause de remploi des propres sous la communauté. — Critique d'un arrêt contraire de la Cour de Caen.
3. *Mariage; publicité.* — La circonstance qu'un mariage a été célébré de nuit, alors qu'il a d'ailleurs été précédé et accompagné des conditions de publicité requises, ne saurait le faire considérer comme clandestin.
4. *Célébration de mariage; usurpation de fonctions.* — Un adjoint qui, sachant que le maire ne veut ni ne doit procéder à la célébration d'un mariage, profite de l'absence de quelques heures de celui-ci, absence longtemps et frauduleusement attendue, pour procéder à ce mariage, se rend coupable d'usurpation des fonctions d'officier de l'état civil.
5. *Testament olographe; date.* — La date formelle et spéciale qui manque à un testament olographe peut y être remplacée par l'indication que le contexte et les circonstances donnent de l'époque précise de la confection.
6. *Procès-verbal; témoin unique.* — La déposition d'un seul témoin peut suffire pour détruire la foi due à un procès-verbal constatant une contravention.

1. — (NANCY, 16 FÉVR. 1852; *J. P.*, 52, 1, 590.) — Parmi les divers arrêts que nous nous proposons de discuter ici, il en est un dont la critique pourrait comporter à elle seule toute l'étendue de cet article, tandis que quelques mots d'observation suffiront pour chacun des autres. C'est donc au premier que nous consacrerons la plus grande partie de notre travail.

A. C'est une question qui était fort délicate dans l'ancien droit (et qu'on y voit en effet résolue dans les deux sens contraires à deux époques successives), mais qui ne paraît plus controver-

sable (quoiqu'elle soit encore controversée) sous le Code et en présence des articles 1470-1471, que celle de savoir si l'action en reprises d'un époux sur sa communauté dissoute, à raison de propres aliénés, est toujours mobilière, ou si on doit la considérer comme mobilière ou immobilière, selon qu'elle s'exerce sur les valeurs mobilières de la communauté, ou sur ses immeubles à défaut des premières.

La question, on le comprend, se réduit à savoir si c'est comme *créancier* de la communauté que l'époux agit dans ce cas, ou si c'est comme *copropriétaire* des biens communs, biens qu'il prend pour une part plus forte que son conjoint, comme ayant, à raison de ses reprises, un droit plus fort dans la masse à partager. Ainsi, soit une communauté d'un actif de 100,000 fr., et sur laquelle un des époux a 20,000 fr. à réclamer pour indemnité d'un propre de pareille valeur dont le prix est tombé dans la caisse commune : si on dit que l'époux est *créancier* de 20,000 fr. sur la communauté, qu'il s'agit là d'une *dette* de cette communauté, d'une valeur de 20,000 fr. que la communauté doit *payer* à l'époux, d'un *droit personnel* de l'époux contre la masse commune et d'une *obligation* existant pour celle-ci, alors l'action sera toujours mobilière dans tous les cas et quoi qu'il puisse arriver; elle est toujours mobilière, puisqu'elle n'a pour objet qu'une valeur mobilière, *une somme d'argent*, et que quand même l'époux, à défaut de biens meubles dans la communauté, se désintéresserait sur un immeuble, l'acte ne serait toujours que le *payement* de sa *créance*, une *dation en payement*, qui dès lors ne modifierait en rien la nature de son droit, droit nécessairement et toujours mobilier, puisqu'il n'a pour objet, encore une fois, qu'une valeur mobilière, une somme de 20,000 fr. Mais si on admet, au contraire, que l'époux à qui appartient l'action en reprise pour une valeur de 20,000 fr., et qui doit dès lors prendre pour 20,000 fr. de biens communs, en sus de ce que prendra son conjoint, et avant de partager également les 80,000 fr. restant, prend cette valeur de 20,000 fr. au même titre que les 40,000 fr. qu'il doit prendre en second lieu, c'est-à-dire comme *copropriétaire* de la masse de 100,000 fr.; si, au lieu d'un simple droit de créance, on voit là un droit de pro-

priété, en disant que la masse commune de 100,000 fr. appartient à cet époux pour 60,000 fr., et seulement pour 40,000 fr. à l'autre; que le premier, comme le second, ne sont rien autre chose que copropriétaires de la communauté, le premier pour trois cinquièmes et l'autre pour deux; que le droit du premier, pour être plus fort, ne change pas de nature pour cela, et qu'il est droit réel aussi bien pour le premier cinquième que pour les deux autres; que la vérité des choses étant qu'il existe un actif de 100,000 fr. qui appartient en commun à deux personnes, la circonstance qu'il appartient à l'une pour une plus forte part qu'à l'autre, n'empêche pas que celle-là soit propriétaire de la totalité de sa portion plus forte, comme l'autre l'est de sa portion plus faible, de même que, dans une succession échue à deux héritiers, celui qui est appelé aux deux tiers ou aux trois quarts n'en est pas moins propriétaire que l'autre l'est de son quart ou de son tiers; si, en un mot, on regarde l'époux qui exerce ses reprises comme agissant en *propriétaire* et *copartageant*, non comme créancier, il est clair que, par l'effet rétroactif des partages (qui fait réputer chaque copartageant avoir toujours été propriétaire exclusif des biens qui lui échoient), cet époux aura toujours eu un droit mobilier si c'est de l'argent ou d'autres valeurs mobilières qui lui arrivent, et un droit immobilier si ce sont des immeubles. Donc, en résumé, si on regarde ici l'époux comme agissant en qualité de créancier, son droit est toujours mobilier, de quelque manière qu'il l'exerce; si, au contraire, on le considère comme propriétaire, la nature de ce droit, d'abord incertaine et indéterminée, ne sera connue qu'après l'opération, et il sera mobilier ou immobilier, selon que l'époux sera rempli de sa reprise par des meubles ou par des immeubles.

Mais est-ce à titre de créancier, ou est-ce à titre de propriétaire, que l'époux doit être considéré comme agissant ici? La jurisprudence antérieure au Code a successivement adopté les deux systèmes. Dans le droit très-ancien et jusqu'au temps de Pothier, c'est l'idée de créance qui dominait; mais on la vit dès cette époque tomber en discrédit, pour disparaître quelques années plus tard. Pothier, qui pour son compte la professait encore, signale lui-même les

progrès que faisait déjà, de son temps, l'idée contraire d'un droit de propriété. Après avoir dit que, dans son sentiment, c'est là *une vraie dette*, il ajoute que plusieurs pensent maintenant autrement. « Ces reprises, dit-il, leur paraissent devoir être re-
» gardées, non comme *une créance*, mais comme donnant à ce-
» lui qui les a *un droit plus fort dans la communauté*, et qu'en
» conséquence la succession du prédécédé ne doit pas être consi-
» dérée comme *débitrice*, mais comme n'ayant jamais été *pro-
» priétaire* d'autres choses, dans les biens de la communauté,
» que de celles qui sont échues en son lot, le surplus étant censé
» *avoir toujours appartenu* au survivant qui avait les reprises à
» exercer; que c'est là une suite de *l'effet déclaratif et rétroactif*
» que notre jurisprudence donne *aux partages*. » Pothier fait ensuite quelques observations qui lui paraissent indispensables pour le cas, déjà probable à ses yeux, où *cette opinion moderne* viendrait à prévaloir (*Succ.*, ch. 5, art. 2, § 1, al. 13-15). Or elle a, en effet, prévalu; l'idée d'un droit de propriété, d'une reprise se faisant par prélèvement, c'est-à-dire sur la masse soumise au partage et comme constituant l'un des actes de ce partage, était devenue générale dans la dernière période de notre ancienne jurisprudence, et les rédacteurs du Code n'ont fait que consacrer le système qu'ils trouvaient établi et dans lequel ils étaient élevés, quand ils ont déclaré, dans l'article 1470, sous la rubrique *du partage de la communauté*, que les reprises seraient faites à titre de prélèvement, les regardant si bien comme l'exercice du droit de propriété, qu'ils les mettent (à tort, il est vrai, puisque ce second cas est fort différent; mais ce tort n'en prouve que mieux leur pensée) sur la même ligne que le prélèvement des propres existant encore en nature. C'est là un point historique qui ne saurait être contesté, et le seul auteur moderne qui ait nié la conséquence juridique de ce fait, M. Troplong, constate lui-même le fait de la manière la plus formelle. « C'est le dernier état des idées, dit-il, que le Code a voulu faire
» prévaloir. En donnant à l'époux..... un droit de prélèvement,
» il a fait de la reprise une charge réelle de la communauté.....
» L'époux reprend la chose à titre de propriétaire, et non à titre
» de créancier. » (*Contr. de mar.*, n° 389.)

B. Puisque la nature, soit mobilière, soit alternative, de l'action en reprise dépend du point de savoir si cette action est l'exercice d'un droit de créance ou l'exercice du droit de propriété, et que cette idée d'un droit de propriété est celle que le Code consacre, il ne devrait donc pas y avoir de dispute aujourd'hui sur ce sujet, et tout le monde devrait être d'accord pour reconnaître que l'action sera mobilière ou immobilière selon que l'époux sera rempli de ses reprises par des meubles ou par des immeubles. Il n'en est cependant pas ainsi; et quoique notre question ne paraisse pas controversable, elle est néanmoins controversée depuis quelque temps. Pendant que la généralité des auteurs et des arrêts, et notamment la jurisprudence constante de la Cour de cassation, tient pour la nature alternative et indéterminée du droit, M. Troplong, dans son récent commentaire *du Contrat de mariage* (nos 374-400 et 1628-1633), tient énergiquement pour la solution contraire, et la Cour d'appel de Nancy, par l'arrêt du 16 février dernier dont nous nous occupons ici, arrive, quoique par une voie toute différente, à la même conclusion que le célèbre magistrat.

Nous disons que M. Troplong et l'arrêt de Nancy n'arrivent à la même solution que par une voie fort différente. L'arrêt, en effet, ne tombe dans cette erreur que pour s'être placé sur un mauvais terrain; ses déductions et raisonnements, fort exacts en eux-mêmes et quelquefois remarquables par leur profondeur et leur justesse, font honneur au magistrat qui les a rédigés, et leur seul vice est d'avoir pris un faux point de départ, en laissant de côté ce fait historique, qu'il fallait prendre au contraire pour base de la solution, que c'est l'idée d'un droit de propriété qui, après avoir été repoussée jusqu'au temps de Pothier, est alors devenue dominante, a fini par prévaloir (à tort ou à raison) dans les derniers temps de notre ancienne jurisprudence, et a été suivie par les rédacteurs du Code. M. Troplong, au contraire, qui reconnaît très-bien et proclame nettement, comme on vient de le voir, ce fait incontestable, et qui devait dès lors arriver forcément, s'il eût été logique, à la conclusion de la nature alternative et indéterminée de l'action, n'a été conduit à la solution opposée que par le plus étrange oubli des principes du droit

et des règles du raisonnement ; et ce n'est qu'en entassant les unes sur les autres une foule de méprises, d'hérésies et de contradictions, que le savant magistrat a pu développer son incroyable thèse.

Nous avons déjà réfuté, et dans un article publié par la *Revue de droit français et étranger* (tome de 1850, p. 206) et dans notre commentaire de l'article 1401, n° II (p. 430-435 de la 5e édition, t. V), cette longue et singulière dissertation, si peu digne de l'écrivain dont elle émane, et qui, loin de combattre victorieusement, comme se le proposait son auteur, la jurisprudence de la Cour suprême, porte si bien en elle-même la condamnation du système qu'elle défend ; mais nous devons y revenir ici aussi brièvement que le comportent la nature de la question et les nombreuses idées fausses mises en avant par M. Troplong. Il pourra nous suffire ensuite de quelques lignes pour répondre au nouvel arrêt de Nancy.

C. Après avoir bien constaté ce fait, que l'idée de la nature nécessairement mobilière du droit de reprise avait toujours prévalu dans le droit très-ancien (fait que l'honorable magistrat établit avec une érudition très-remarquable, mais non moins inutile, puisqu'il n'était contesté par personne), M. Troplong entre dans la question par une première et bien grave erreur, en disant que cette idée d'une nature mobilière n'a jamais varié, que le changement qui s'est opéré plus tard dans les esprits, et dont Pothier signalait déjà les progrès, portait seulement sur le point de savoir si le droit constituait *une simple créance* ou bien *un droit de propriété*, mais non pas sur le point de savoir s'il était mobilier !...

Cette première erreur, sur laquelle il en va venir s'amonceler tant d'autres, n'est-elle pas inconcevable de la part d'un jurisconsulte ? Sans doute la différence entre les deux systèmes qui se sont succédé consistait à dire, dans l'un, que l'époux dont l'immeuble avait été aliéné moyennant une somme entrée dans la communauté, était tout simplement *créancier de cette somme* et la communauté *débitrice de cette même somme*, de sorte que, quand l'époux se remplissait de sa reprise au moyen d'immeubles, il y avait simple *dation en payement de la somme due ;* et

dans l'autre, au contraire, que l'époux agissait alors, non comme créancier, mais comme *propriétaire* et *copartageant des biens communs*, en sorte que ceux des biens de la communauté sur lesquels sa reprise s'exerçait, que ce fût de l'argent, des meubles ou des immeubles, peu importe, étaient censés, comme l'explique si bien Pothier, *lui avoir toujours appartenu*, par l'effet rétroactif du partage. Sans doute telle était bien la différence; mais dire, comme le faisait le premier système, qu'un époux est créancier d'une somme, n'est-ce pas dire qu'il a un droit mobilier; et réciproquement, dire, comme le faisait le second, que l'époux est copropriétaire des biens, que la reprise qu'il exerce sur eux est un partage, et qu'ils se trouvent légalement lui avoir toujours appartenu par l'effet rétroactif de ce partage, n'est-ce pas dire que la nature mobilière ou immobilière du droit dépend du résultat de ce partage, et qu'il a la première qualité si l'opération donne des meubles, la seconde si elle donne des immeubles? C'est là, en vérité, l'A-B-C-D du droit; et quand un jurisconsulte vient dire qu'à la vérité le dernier état de l'ancien droit faisait l'époux propriétaire et copartageant de la masse commune pour les reprises à exercer par lui, mais qu'il ne faisait pas son droit indéterminé et de nature alternativement meuble ou immeuble, selon le résultat de l'opération, c'est comme si un mathématicien venait dire que tel calcul donne bien, à la vérité, *sept plus cinq*, mais qu'il ne donne pas *douze!*

Voyons, au surplus, par quelle étrange série de propositions hérétiques, sophistiques et contradictoires M. Troplong s'efforce d'expliquer comment l'époux exerçant son droit de reprise agit bien comme propriétaire, non comme créancier, mais que néanmoins son droit est toujours et nécessairement mobilier; en d'autres termes, comment l'opération donne sept et cinq, mais ne fait pas douze.

Sans doute, dit M. Troplong, dans de longues explications dont nous extrayons ici la substance, *l'époux reprend à titre de propriétaire. Mais qu'a-t-il le droit de reprendre à ce titre? c'est une somme d'argent, ce sont les deniers versés à la communauté, deniers dont celle-ci n'est que dépositaire, et dont la propriété demeure à l'époux. Quant aux immeubles de la commu-*

nauté, l'époux, alors même qu'on les aurait achetés avec ses deniers, n'en est pas propriétaire, et s'il les prend, ce n'est qu'à titre de dation en payement. La communauté est comme tout autre dépositaire, qui, ne rendant pas son dépôt en nature, serait poursuivi sur tous ses biens (*Contr. de mar.*, n°s 390-393). M. Troplong invoque, à l'appui de cette idée de dation en payement, l'autorité de nos très-anciens auteurs; et revenant encore sur ce sujet beaucoup plus loin (n° 1633), il s'appuie également d'un remarquable arrêt rendu par la Cour de Caen en 1832, et qui, tout en jugeant que la reprise s'opère à titre de propriété et non à titre de créance, aurait en même temps jugé, au dire du savant magistrat, que quand l'époux agit sur les immeubles, c'est à titre de dation en payement.

Or quelle masse de lourdes erreurs, de sophismes, de contradictions et de quiproquo se trouve amoncelée ici!

Et d'abord, des deux systèmes dont l'un a succédé à l'autre du temps de Pothier, M. Troplong, comme on l'a vu, commence par proclamer que celui qu'adopte le Code, c'est le dernier, celui d'un droit de *propriété;* et par une singulière méprise, celui que partout il développe et applique comme étant le système actuel de la loi, c'est au contraire le premier, celui d'un droit *de créance*, d'une *dette* à recouvrer, d'un *payement* à recevoir! Lisez notamment son commentaire de l'article 1471 (n°s 1628-1632). Le savant magistrat nous y parle à chaque instant de la femme tenue, à défaut d'argent dans la masse, de *se payer* sur le mobilier. de cette femme à qui *il est dû une somme* et à qui on offre *en payement* des meubles meublants, d'où la conséquence qu'elle peut *exiger la vente de ces meubles* afin de recevoir *les deniers qui lui sont dus;* puis il invoque et approuve Coquille, disant que la veuve n'est pas tenue de prendre *en payement* les meubles en nature, puisqu'il s'agit d'une *dette en deniers*. Il en est de même pour les immeubles : la femme vient *se payer* sur eux après discussion du mobilier; et elle aura le choix, dit-il, de prendre un immeuble *en payement* ou d'en *exiger la vente* pour se faire *payer en argent*. Et la raison de tout ceci est simple pour le savant magistrat, c'est qu'il ne s'agit que *d'argent dû à la femme* (n° 1630)... Ainsi, *une dette* pour la

communauté, *une créance* pour la femme, voilà le système que M. Troplong explique partout, qu'il applique et développe à chaque ligne, en s'appuyant de l'autorité de Coquille et autres; or c'est M. Troplong qui nous apprend que le Code a répudié cet ancien système de Coquille et autres, et que la femme agit aujourd'hui à titre de *propriétaire*, non plus à titre de *créancière!*... On ne saurait certes mettre plus de perfection à faire volte-face, à réunir le oui et le non, à confondre le pour et le contre dans la même thèse.

Et ce n'est pas seulement dans l'ensemble de la dissertation, dans la comparaison de la proposition principale avec son prétendu développement, que se trouve cette contradiction étrange; le oui et le non se rencontrent souvent dans un même alinéa, dans une même phrase, dans une même ligne, par suite de termes inconciliables et hurlant de se trouver accolés, termes que M. Troplong emploie cependant comme synonymes en se donnant ainsi le change à lui-même, mais qui, s'ils peuvent atténuer ou voiler le vice profond de son système aux yeux d'un lecteur inattentif et superficiel, ne font au contraire que le rendre et plus grave et plus saillant pour tous autres. Ainsi, par exemple, le savant magistrat nous dira que si la femme a le choix de prendre *en payement* les meubles ou immeubles en nature ou bien d'en exiger la vente pour se faire *payer* en argent, c'est afin de retrouver les deniers QUI LUI APPARTIENNENT, la somme dont elle est restée PROPRIÉTAIRE (n° 1629); et il répète à plusieurs reprises, dans ce langage qui n'est certes pas celui d'un jurisconsulte et qui ne se comprendrait que dans la bouche d'un homme qui, sachant écrire, serait complétement étranger aux connaissances juridiques; il répète, disons-nous (n° 1632 et ailleurs), que « les valeurs mobilières ou immobilières de la communauté ne sont attribuées à la femme qu'*à titre de payement* et comme *mode de libération* de la somme d'argent DONT ELLE EST PROPRIÉTAIRE! » Comme si la dation d'une chose en payement n'était pas exclusive du droit de propriété de cette chose chez la personne payée, et ne supposait pas forcément chez elle un simple droit de créance! Comme si, d'ailleurs, il était possible que la femme fût propriétaire de deniers, alors

qu'il n'existe pas de deniers, mais seulement des meubles ou immeubles en nature !... Quand la question, entre les deux systèmes, est précisément et uniquement de savoir si le droit est une créance ou bien un droit de propriété, si l'époux réclame une dette ou procède à un partage, s'il demande un payement de deniers ou le prélèvement en nature de biens qui lui appartiennent; si, en un mot, il agit *en créancier* ou bien *en propriétaire*, n'est-ce pas le comble du contre-sens et de l'absurdité, de répondre que l'époux vient alors se faire *payer* des *deniers* dont il est *propriétaire*? N'est-ce pas faire ce que ferait un géomètre qui, chargé de rechercher si tel arrangement de lignes donne *un cercle* ou bien *un triangle*, répondrait qu'il donne *un triangle circulaire*?

Remarquons, au surplus, que dans cette contradiction et ce non-sens de termes qui se neutralisent, en présentant comme concomitantes les deux idées incompatibles de créance et de propriété, de cercle et de triangle, dans ce non-sens des mots, disons-nous, c'est bien le droit de créance qui se trouve réellement et au fond des choses dans la doctrine de M. Troplong. C'est évident, puisqu'on y reconnaît à la femme le droit de refuser les meubles ou immeubles qu'on veut lui donner en nature et d'exiger qu'ils soient vendus pour lui procurer son payement en argent, ce qu'elle ne pourrait certes pas faire pour des meubles ou immeubles qu'elle voudrait partager comme copropriétaire. Il est donc bien vrai que M. Troplong reste en plein dans l'ancien système d'un droit de créance, tout en défigurant ce droit, et quoiqu'il proclame la répudiation de cet ancien système par le Code. La qualification de propriétaire que le savant magistrat donne de temps en temps à la femme, et par laquelle il semble se faire illusion à lui-même, loin d'amoindrir l'étrangeté de sa doctrine, y forme au contraire un vice de plus. Ainsi contradiction et absurdité partout et toujours, dans les choses comme dans les termes, telle est la doctrine que nous réfutons ici.

Une autre erreur non moins grave dans la singulière explication de M. Troplong, c'est cette idée du savant écrivain que la femme pourrait tout au moins être dite propriétaire et non simple créancière (quoique ne procédant pas à un partage et ne réclamant

que le payement d'une somme), dans le cas où des deniers se trouvent dans la communauté et sont attribués à la femme. Alors, dans la pensée de M. Troplong, l'argent forme un bien resté propre à la femme et dont la communauté n'a été que *dépositaire* dans le sens rigoureux de ce mot. Or comment un jurisconsulte a-t-il pu songer à dire la communauté simple *dépositaire* des deniers des époux? La communauté n'a-t-elle pas le droit de jouir des capitaux de ces époux comme de tous leurs autres biens; et le droit de jouissance n'est-il pas incompatible avec la qualité de dépositaire? Le droit de jouir d'une somme rend (sous l'obligation de restituer une somme égale) propriétaire de cette somme (art. 587) : lors donc que le capital propre à un époux entre dans la caisse commune, il devient un bien commun, et la récompense qui s'en exerce, même sur de l'argent, n'est pas plus un retrait de propres que celle qui s'exerce sur des immeubles... Sans doute, dans le cas de dépôt, les deniers déposés demeurent la propriété du déposant, et ce n'est pas comme simple créancier, c'est comme propriétaire et reprenant une chose qui lui appartient, que ce déposant vient opérer le retrait chez le dépositaire. Mais c'est que le dépositaire n'avait pas le droit de jouir de la somme déposée et n'en a pas joui; si, manquant à son obligation, ce dépositaire s'était servi de l'argent, le déposant ne pourrait plus agir contre lui que comme créancier; et soit qu'il le poursuivît sur ses meubles ou immeubles, comme le suppose M. Troplong, soit même qu'il trouvât chez lui des deniers suffisants pour se désintéresser, il n'exercerait toujours, aussi bien dans le second cas que dans le premier, qu'un droit de créance, nullement un droit de propriété, parce que du moment que les deniers livrés par le dépositaire ne sont plus identiquement ceux que lui avait remis le déposant, celui-ci n'est plus propriétaire, mais simple créancier; ce n'est plus la restitution du dépôt qu'il obtient alors, c'est seulement *le payement* d'une somme égale à celle qu'il avait déposée. Comment donc M. Troplong a-t-il pu dire, en présence du droit de jouissance de la communauté, que cette communauté n'est que *dépositaire* des deniers des époux versés dans sa caisse; et que quand la femme exerce sa reprise, soit même sur des immeubles (qu'on lui livre, dit-il,

par dation en payement), soit surtout sur de l'argent comptant, elle agit à titre de *propriétaire* et comme reprenant des deniers *qui lui appartiennent?* Comment le savant magistrat n'a-t-il pas vu que cette idée, doublement fausse au cas de reprise exercée sur des meubles ou immeubles en nature à défaut d'argent (puisque la femme ne pourrait toujours pas être propriétaire de deniers quand il n'existe pas de deniers), est fausse encore au cas même où il existe de l'argent dans la caisse commune, puisque cet argent est un bien commun comme toutes les autres valeurs de la communauté et nullement un propre de la femme, comme M. Troplong imagine de le dire. Encore une fois, l'exercice des reprises n'est jamais un retrait de propres, pas plus dans le cas d'argent comptant que dans le cas de biens meubles ou immeubles en nature.

C'est qu'en effet, et nous arrivons encore ici à une nouvelle erreur non moins étrange que les précédentes, quand on se demande si l'époux qui exerce sa reprise agit ou non en qualité de propriétaire, il ne s'agit pas du tout, comme le pense M. Troplong, d'une *propriété* exclusive de l'époux sur un bien qui lui serait resté PROPRE, mais de sa *copropriété* sur le BIEN COMMUN qu'il prélève : la question (dont l'honorable magistrat n'a pas même saisi le sens) est de savoir si l'appréhension de ce bien COMMUN n'est qu'un payement de créance, ou si elle est un prélèvement constituant l'un des actes du partage de la communauté. Que signifie donc cette incroyable objection de M. Troplong, que, *puisque les immeubles acquis appartiennent toujours à la communauté*, il y a méprise de la part de ceux qui croient que ces immeubles sont prélevés par l'époux à titre de propriétaire? La méprise est, au contraire, chez le savant magistrat qui confond ici le prélèvement des *biens communs* pour reprise, avec le retrait des *propres*. Sans doute les acquêts sont des biens communs et non des propres; mais c'est précisément AUX BIENS COMMUNS, et nullement aux propres, que s'applique la question de savoir si, par l'exercice de la reprise, ils sont obtenus à titre de créance ou à titre de propriété. Et cette nouvelle erreur, ajoutée ici à tant d'autres par M. Troplong, est d'autant plus étonnante que la simple lecture de Pothier aurait dû la prévenir. Car, s'il s'agis-

sait de propres, Pothier ne parlerait pas, pour l'époux, d'un *droit plus fort* DANS LA COMMUNAUTÉ, puisque les propres ne sont pas dans la communauté; il ne parlerait pas *de l'effet* DU PARTAGE, puisque les propres ne se partagent pas; il ne dirait pas que le bien prélevé est CENSÉ *avoir toujours appartenu* à l'époux, puisque les propres lui ont toujours appartenu réellement et sans aucun besoin de la fiction de l'effet rétroactif.

Disons encore, pour bien constater que tout, absolument tout, est étrange et inexact dans cette longue dissertation de M. Troplong, disons que rien ne porte plus à faux que le poids des autorités qu'il invoque partout à l'appui de cette singulière thèse. Que signifie, en effet, l'invocation réitérée de Coquille, Renusson, Ferrières et autres, alors que ces auteurs sont précisément ceux qui professaient l'ancien système que M. Troplong reconnaît abandonné par le Code? Sans doute on voit ces auteurs tenir et pour l'idée de dation en payement et pour toutes les autres que développe M. Troplong, et c'est tout simple, c'est forcé, puisqu'ils admettaient le principe d'un droit de créance; mais du moment que le savant magistrat reconnaît que le Code n'a point admis ce principe et a suivi le système plus moderne et tout contraire d'un droit de propriété, comment n'a-t-il pas vu que leur invocation n'est plus qu'un contre-sens?

Pour ce qui est enfin de l'arrêt rendu par la Cour de Caen le 19 janvier 1832, arrêt que M. Troplong nous dit avoir admis comme lui, et le principe du droit de propriété et aussi, en même temps, l'idée de dation en payement pour les biens en nature, il y a encore là erreur et grave méprise de l'honorable écrivain. L'arrêt, qui admet en effet le principe du droit de propriété, parle bien aussi de l'idée de dation en payement, mais c'est pour la condamner très-énergiquement, et une lecture inattentive et trop précipitée a pu seule faire croire le contraire à M. Troplong. Tant s'en faut que l'arrêt admette cette fausse idée de dation en payement, qu'il la présente, au contraire, comme une preuve de l'inadmissibilité du principe qui l'engendre. Voici, en effet, l'idée du passage sur lequel M. Troplong a pris le change : « Considérant, dit en substance l'arrêt, que si l'époux qui exerce sa reprise n'agissait que comme créancier, l'attribu-

tion qui lui serait faite de biens en nature, à défaut d'argent comptant, ne serait donc qu'une dation en payement à laquelle on ne pourrait pas appliquer la fiction de rétroactivité de l'art. 883, ce qui serait contraire à la loi. » Telle est la pensée de l'arrêt, et ici encore M. Troplong a complétement pris le contre-pied de la vérité.

La thèse du savant magistrat est donc profondément fausse de tous points et dans toutes ses parties. Et comment en pouvait-il être autrement, alors que, comme on l'a vu, il s'agissait d'un travail analogue à celui par lequel on prétendrait établir savamment que sept et cinq ne font pas douze?

D. La Cour d'appel de Nancy, dans le récent arrêt qu'elle vient de rendre sur la question, s'est bien gardée, tout en adoptant la même solution que M. Troplong, de prendre pour motifs les idées si étrangement fausses de l'honorable magistrat; pour nier qu'il y ait ici douze, elle a soin de nier aussi qu'il y ait sept et cinq; en d'autres termes, elle ne rejette la nature alternative et indéterminée du droit de reprise, qu'en rejetant de même, et avant tout, le principe du droit de propriété, pour admettre celui d'un droit de créance; et sa thèse dès lors, quoique fausse dans sa conclusion (par suite de l'omission de l'élément historique dont nous avons parlé, élément qui est le point capital de la question, tandis que l'arrêt n'en tient aucun compte et le passe sous silence), est du moins en elle-même aussi logique, aussi rationnelle, aussi exactement déduite et combinée dans toutes ses parties, que celle de M. Troplong est inexacte, sophistique, contradictoire et pleine de contre-sens.

L'arrêt serait donc irréprochable si on s'en tenait à ses prémisses; mais il a le tort d'omettre, absolument comme si elle n'existait pas, celle précisément de ces prémisses par l'examen de laquelle il fallait débuter, et qui devait faire le point de départ et la base de la discussion. L'arrêt, tombant ici dans un défaut qui n'est malheureusement que trop fréquent, même chez les jurisconsultes les plus éminents, et que nous avons eu maintes fois l'occasion de signaler, a fait dans ce cas de la législation au lieu de faire du droit; il a recherché ce que doit être (selon lui du moins) l'action en reprise, au lieu de rechercher ce que les rédacteurs du Code, à tort si l'on veut, ont entendu

la faire; procédant comme si le Code était une œuvre sans précédents et faisant table rase des traditions, il a pensé que la teinte de droit réel dont sont empreints les articles 1470-1471 se trouve suffisamment neutralisée et même complétement effacée par le cachet de droit personnel que présente l'article 1433, et à l'aide de considérations qui peuvent sans doute n'être pas sans valeur, mais qui ont le malheur d'être celles de l'homme et non celles de la loi, il est arrivé à voir dans le droit de reprise un simple droit de créance.

Mais ce n'est pas ainsi qu'il fallait procéder, et la seule question que l'arrêt ne s'est pas posée était précisément la première, nous dirions volontiers la seule, qu'il eût à se poser. Cette question est bien simple, et la voici : « Est-il vrai que les deux systèmes contraires d'un droit de créance et d'un droit de propriété ont successivement existé dans notre ancienne jurisprudence; que le premier, après avoir existé jusqu'au temps de Pothier, a été abandonné depuis lors pour faire place au système opposé d'un droit de propriété; et que ce dernier, étudié et appliqué par les rédacteurs de 1804 dans leur pratique, a tout naturellement été mis par eux dans le Code? » Telle était la vraie, la seule question du débat. Or cette question ne saurait être douteuse. Le fait que l'idée d'un droit *de propriété*, d'une reprise se faisant *par prélèvement* et par l'un des actes *du partage*, a été celle des rédacteurs, ne saurait être sérieusement contesté, quand, d'une part, on sait dans quels principes ces rédacteurs avaient été élevés, et que, d'autre part, on voit le Code nous dire que chaque époux procède ici par *prélèvement* sur *la masse des biens communs*, en plaçant cette règle sous la rubrique *du partage de la communauté*, et en assimilant même ce prélèvement (ce qui est sans doute un grand tort, mais ce qui révèle encore mieux la pensée de la loi) à la reprise des propres eux-mêmes.

Si donc l'arrêt de Nancy n'a pas, comme l'étrange doctrine de M. Troplong, le tort de se contredire lui-même en admettant un principe pour rejeter ensuite sa conséquence forcée, s'il a eu soin de ne rejeter cette conséquence qu'en rejetant le principe lui-même, il n'en est pas moins contraire à la loi, à des prin-

cipes dès longtemps établis de la manière la plus solide par notre savant et judicieux confrère M. Coin-Delisle [1]; et son erreur était assez importante pour mériter les développements dans lesquels nous venons d'entrer.

Cet arrêt, au surplus, est en ce moment frappé d'un pourvoi confié aux soins de notre honorable collaborateur et successeur, M. Mimerel; et on ne doit pas douter que la Cour suprême, fidèle aux saines doctrines qu'elle a déjà consacrées par ses arrêts des 1er août 1848, 28 mars 1849 et 8 avril 1850, n'en prononce la cassation.

2. — (CAEN, 27 DÉC. 1850; *J. P.*, 52, 1, 494.) — Un second arrêt, que nous devons également signaler comme contraire aux principes de la loi, c'est celui qu'a rendu la Cour de Caen, le 27 décembre 1850, sur une question d'inaliénabilité des immeubles propres de la femme mariée sous le régime de la communauté.

Nous avons établi dans notre *Explication du Code*, sous l'article 1497, n° III (t. V, p. 647 de la 5e édition), que deux époux qui adoptent exclusivement et uniquement le régime de la communauté ne peuvent jamais, même au moyen d'une déclaration très-formelle à cet égard dans leur contrat, rendre inaliénables les immeubles de la femme, et que le seul moyen pour une femme d'être tout à la fois commune en biens et investie du privilége d'avoir des immeubles inaliénables, c'est d'adopter simultanément et le régime de la communauté et aussi le régime dotal, en les combinant ainsi tous deux pour jouir des avantages que l'un et l'autre peuvent lui procurer. Les motifs de cette solution, trop longtemps méconnue par les auteurs et les arrêts, mais qui est enfin admise aujourd'hui par la jurisprudence de la Cour suprême et par M. Troplong, sont fort simples à déduire... La liberté des transactions, l'aliénabilité et la facile circulation des biens est au plus haut chef un principe d'ordre public, qui touche aux intérêts les plus fondamentaux de la société, et auquel dès lors on ne peut déroger que dans les cas et sous les conditions indiqués par la loi, conformément à l'article 6 du Code

[1] *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. I, p. 657.

Napoléon. Or, puisque la loi n'admet l'inaliénabilité que pour les immeubles *de la femme* mariée *sous le régime dotal*, force est bien de reconnaître que la femme ne peut pas plus avoir des biens inaliénables en dehors du régime dotal, que *le mari*, lui, n'en peut avoir sous un régime quelconque..... Que l'on pèse bien cette observation, à laquelle personne ne nous paraît avoir songé et que nous trouvons pourtant si simple et si lumineuse tout à la fois; qu'on s'y arrête attentivement, et l'obscurité qui règne depuis si longtemps sur cette question disparaîtra bientôt... *Tout le monde sait parfaitement qu'un mari ne peut pas stipuler efficacement dans son contrat de mariage l'inaliénabilité de ses immeubles. Eh bien! la raison qui l'en empêche est précisément celle qui empêche la femme d'avoir des biens inaliénables en dehors du régime dotal.*

D'après cela, quand deux époux qui déclarent adopter le régime de communauté disent ensuite que néanmoins les immeubles de la femme *seront soumis au régime dotal* et dès lors inaliénables, l'inaliénabilité existera, parce qu'il y a dans ce cas adoption expresse de la dotalité, comme l'exige l'article 1392. Mais si, au contraire, ces époux se contentent, après avoir adopté la communauté, d'ajouter que *les immeubles de la femme seront inaliénables*, sans avoir soin de se soumettre au régime dotal, l'inaliénabilité n'existera pas, parce qu'il n'y a pas dotalité. En vain on dirait que la stipulation même d'inaliénabilité est par elle seule une expression de soumission au régime dotal, puisque, l'inaliénabilité ne pouvant exister que par la dotalité, dire qu'on veut des biens inaliénables, c'est dire par là même qu'on se soumet au régime dotal quant à ces biens. Cette idée, que nous avons vue quelquefois émise par des jurisconsultes distingués et notamment par M. Demolombe, n'est cependant pas exacte; car puisqu'il existe, et en très-grand nombre, non-seulement des gens du monde et des notaires, mais aussi des magistrats et des jurisconsultes éminents (on peut citer notamment Merlin, et aussi l'arrêt même qui nous occupe ici), qui prétendent que l'inaliénabilité peut très-bien exister sans aucun recours au régime dotal, sans *aucune allusion* à ce régime (comme l'a dit plusieurs fois la Cour de Caen), et avec le seul

régime de la communauté, la stipulation d'immeubles inaliénables n'implique donc nullement la volonté d'être soumis au régime dotal, et encore bien moins l'expression de cette volonté.

Ceci dit, arrivons à notre arrêt du 27 décembre 1850.

Quand même on devrait admettre qu'une déclaration de soumission au régime dotal se trouve suffisamment dans la stipulation d'inaliénabilité des immeubles de la femme, il est toujours bien évident qu'une telle déclaration ne pourra jamais se voir dans la simple clause que les immeubles de la femme ne pourront être vendus *qu'à charge de remploi*. La formalité du remploi existant et ayant toujours existé sous le pur régime de communauté, il est certes bien impossible de voir dans une telle clause une soumission expresse à la dotalité, et de lui attribuer dès lors l'effet de rendre les immeubles de la femme inaliénables.

C'est pourtant dans une telle clause et dans un cas où les époux n'étaient soumis, de l'aveu même de l'arrêt, qu'au seul et unique régime de communauté, que la Cour de Caen a vu l'établissement légal de l'inaliénabilité des immeubles de la femme. Or l'erreur ici n'est certes pas douteuse, puisque ce qui est alors violé, ce n'est pas seulement cette règle, de pure forme en definitive, que le régime dotal ne peut exister qu'au moyen d'une déclaration expresse à cet égard, mais bien ce principe fondamental que l'inaliénabilité n'est possible que dans le cas où la loi la permet, c'est-à-dire pour les biens *de la femme* seulement et *sous le régime dotal* seulement. Dès là que le régime dotal n'existe pas (et l'arrêt de Caen reconnaît qu'il n'existait pas dans son espèce), l'inaliénabilité est donc impossible.

Le raisonnement de la Cour de Caen consiste à dire que l'article 1387 permet aux époux de modifier la communauté légale par toute convention qui leur plaira, pourvu qu'elle n'ait rien de contraire aux articles 1387-1390; et puisque ces articles ne prohibent pas l'inaliénabilité, il est donc permis de l'introduire dans la communauté. Mais ce raisonnement, présenté autrefois par Merlin, est depuis longtemps condamné et par une doctrine unanime et par la jurisprudence constante de la Cour suprême; et il se trouve, en effet, nettement réfuté au moyen des observations déjà faites plus haut... L'article 1387 ne prohibe pas

seulement les conventions contraires aux articles suivants, il prohibe aussi, comme de raison, et l'article 6 prohibait avant lui, toutes celles qui seraient contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public; or toute stipulation d'inaliénabilité des biens se trouve dans ce cas, si elle n'est pas faite et pour les biens *de la femme* seulement et *sous le régime dotal* seulement.

Si le raisonnement de Merlin et de la Cour de Caen était exact, qu'est-ce donc qui s'opposerait à la stipulation d'inaliénabilité des immeubles *du mari?* rien, absolument rien. On dirait comme l'arrêt : L'article 1387 permet toute stipulation qui n'est pas contraire à cet article ou aux trois suivants; or, puisque ces quatre articles ne disent pas un mot de l'inaliénabilité, qu'ils ne la prohibent en aucune façon, ni pour tel ou tel époux, ni sous tel ou tel régime, on peut donc la stipuler sous la communauté aussi bien que sous le régime dotal, et *pour le mari* aussi bien que pour la femme!... Encore une fois, la circulation et dès lors l'aliénabilité des biens est un principe d'ordre public; il ne peut pas dès lors y être dérogé, aux termes de l'article 6, par des conventions particulières et autrement que par l'autorité même de la loi. Cela étant, la stipulation d'inaliénabilité, au lieu d'être possible dans tous les cas où elle n'est pas expressément défendue, ne l'est que dans le cas exceptionnel où elle est expressément permise, c'est-à-dire pour les biens de la femme et sous le régime dotal. Elle ne peut donc pas plus avoir lieu, même pour les biens de la femme, sous le régime de la communauté, qu'elle peut avoir lieu, sous un régime quelconque, pour les biens du mari.

Rien n'est donc plus manifestement contraire à la loi que cet établissement prétendu d'immeubles inaliénables au moyen d'une simple clause de remploi, par conséquent sans adoption du régime dotal; et c'est avec grande raison que la Cour suprême a prononcé maintes fois, et notamment dans les trois arrêts *Chavot*, du 29 décembre 1841, la cassation d'arrêts qui avaient admis la fausse doctrine de la Cour de Caen. « Attendu, a fort bien dit la » Cour suprême, que les époux Chavot ont adopté le régime de » la communauté avec réserve *de n'aliéner les immeubles de la » femme qu'à charge de remploi;* attendu que cette stipulation

» *n'a pas soumis les propres de la dame Chavot au régime dotal;* qu'en effet, elle n'a pas le caractère *de la déclaration expresse exigée par l'article* 1392 et qui est *indispensable* pour » que les biens de la femme *soient inaliénables.* »

3. — (PARIS, 13 AOUT 1851; *Dall.*, 52, 2, 115.) — Il ne nous reste à parler que d'arrêts parfaitement irréprochables, et pour chacun desquels quelques lignes nous suffiront.

Et d'abord, nous signalons avec bonheur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 13 août 1851, sur une question de validité de mariage, arrêt aussi juridique et aussi moral tout à la fois qu'avait été scandaleuse et contraire au droit la décision rendue en première instance par le tribunal de la Seine.

Le sieur Louis Vergniol, magistrat, avait épousé récemment à Bergerac la demoiselle Caroline Grosrenaud. Le mariage avait été régulièrement célébré par l'officier compétent, dans la mairie de la ville, en présence de témoins et après les publications voulues, avec accomplissement enfin de toutes les conditions de publicité requises par la loi; seulement, d'après un usage suivi à Bergerac, comme dans beaucoup d'autres petites villes, par les personnes d'un rang distingué, et qui a pour but d'échapper aux regards curieux et gênants d'une foule désœuvrée, la célébration s'était faite dans la nuit. Or, chose incroyable, cette circonstance, fort commune dans un grand nombre de localités et si manifestement insignifiante, fut, après peu de temps de mariage, pour les époux Vergniol, bientôt fatigués de la vie commune, un prétexte pour demander la nullité de leur union, célébrée, disaient-ils, clandestinement. Chose plus incroyable encore, le tribunal de la Seine, auquel ils durent s'adresser, au lieu de se montrer gardien fidèle du droit, de la morale, de la sainteté du lien conjugal, en repoussant avec indignation ce nouveau mode de divorce par consentement mutuel (d'autant plus funeste qu'il ne serait pas même tempéré par les épreuves et conditions qu'imposaient avant 1816 les articles 276 et suivants du Code), accueillit l'étrange demande des époux Vergniol et déclara leur mariage nul par jugement du 22 mai 1851.

Heureusement le ministère public appela de ce déplorable jugement, et la Cour d'appel de Paris, considérant que les diverses

conditions de publicité requises par la loi, et dont quelques-unes, dans la pensée même du législateur (pensée que manifeste bien l'article 193), pourraient encore être omises sans qu'on dût pour cela prononcer la nullité, avaient été toutes strictement accomplies, reconnut, avec grande raison, qu'il n'y avait pas là l'ombre de la clandestinité et réforma la triste décision des premiers juges.

4. — (Tr. Chateauroux, 19 juill. 1850; *Dall.*, 52, 2, 133.) — C'est de même une décision aussi morale que juridique que celle qu'a rendue le tribunal de Châteauroux, jugeant correctionnellement, dans les circonstances suivantes :

Un sieur Gérard, prêtre interdit, voulant épouser une femme de la commune d'Anjoin, s'adressa au maire de cette commune en lui recommandant (pour échapper aux défenses que ne manquerait pas de faire le parquet, s'il était instruit du projet de mariage) de procéder aux publications et à la célébration aussi promptement que possible et sans prendre aucuns renseignements. Le maire, qu'une pareille recommandation était loin de tranquilliser, s'empressa, au contraire, d'informer le parquet, et il en reçut bientôt la défense formelle de marier l'abbé Gérard. Celui-ci sut alors gagner l'adjoint de la commune; il lui fit entendre que la défense du parquet ne s'adressant qu'au maire et non à lui adjoint, il pourrait procéder sans danger à la célébration (pour laquelle une récompense lui fut sans doute promise), et il fut convenu entre eux qu'on profiterait du premier moment d'absence du maire pour réaliser cette célébration.

En effet, un jour que le maire d'Anjoin était parti pour quelques heures seulement à une foire voisine, l'adjoint célébra le mariage, et la cérémonie était faite quand le maire rentra l'après-midi dans la commune.

A raison de ces faits, l'adjoint fut traduit en police correctionnelle et condamné pour usurpation de fonctions. Et c'était certes à bon titre. Quand la loi déclare l'adjoint apte à exercer les fonctions d'officier de l'état civil en cas d'absence ou d'empêchement du maire, il est clair qu'elle n'entend pas parler d'une absence de quelques heures frauduleusement attendue dans le dessein prémédité de procéder à un acte auquel on sait que le maire ne veut pas et ne doit pas procéder. Nous approuvons

donc pleinement et les poursuites du parquet et la condamnation prononcée par le tribunal d'Issoudun en premier ressort, par celui de Châteauroux en appel ; et si nous nous étonnons de quelque chose, c'est que le ministère public n'ait pas poussé la rigueur plus loin, en demandant, pour violation de l'article 165 C. Nap., la nullité du mariage à la célébration duquel le concert frauduleux de l'adjoint et des parties était arrivé..... Puisqu'il y a eu, comme l'ont reconnu les deux jugements, usurpation des fonctions d'officier de l'état civil de la part de l'adjoint dans la célébration de ce mariage, ce mariage se trouve donc, légalement, avoir été célébré par un individu qui n'était pas alors officier de l'état civil, et partant il est nul.

5. — (PARIS, 5 AVR. 1851; *Dall.*, 52, 2, 123.) — Une troisième solution, fort curieuse encore à raison des circonstances extraordinaires qui lui ont donné naissance, nous paraît de même devoir être approuvée, quoique la question soit assurément plus délicate.

La question était ici de savoir si un testament olographe remplit suffisamment le vœu de la loi quant à la date, alors que, ne portant pas une date formelle, il est fait dans des circonstances et avec des indications qui font connaître d'une manière certaine le moment précis de sa confection, et procurent ainsi une date qui résulte de son contexte et rendent inutile la date spéciale. La Cour de Paris l'a jugé affirmativement, et avec raison selon nous, dans l'espèce suivante.

Une femme était morte à deux heures après midi, le 28 octobre 1849, dans une commune de l'arrondissement de Marolles. Une heure plus tard, son mari, ne pouvant résister à son désespoir, se suicida près du corps de la défunte, après avoir rédigé un testament dans lequel il prie de l'enterrer avec sa femme..... Ce testament, à la vérité, ne portait aucune date, formellement du moins. Mais n'est-il pas vrai de dire qu'il en contenait une, et une très-précise, dans l'ensemble de sa teneur rapproché des circonstances? Puisque la femme était morte le 28 octobre 1849 à deux heures, et le mari une heure après elle, la demande du testateur d'être enterré avec la femme qu'il vient de perdre n'est-elle pas une indication certaine que l'acte était

écrit entre deux et trois heures de l'après-midi du 28 octobre, et ne procure-t-elle pas dès lors, non pas en chiffres et par une phrase spéciale, mais par une phrase qui n'est pas moins significative, la date de l'acte, c'est-à-dire la mention de l'année, du jour et même de l'heure où il était fait?

Ainsi l'ont pensé le tribunal de Marolles en première instance et la Cour de Paris sur l'appel, et nous le pensons de même. En vain on objecterait, comme le faisait M. Meynard de Franc devant la Cour, qu'il y avait ici absence de l'*intention* même de dater, de la volonté de faire connaître le moment de la confection. Car il est naturel de répondre que c'est précisément, au contraire, parce que le testateur voyait l'indication de ce moment manifeste pour tous, et le doute impossible à cet égard en présence des faits et de l'explication que lui-même donnait, qu'il avait jugé inutile de consigner dans des chiffres et une phrase *ad hoc* un renseignement qui résultait surabondamment de sa disposition même.

6. — (Rej. crim. 11 déc. 1851; *Devill.*, 52, 1, 371.) — La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 11 décembre 1851, décide un point qui n'est, à la vérité, ni contestable ni contesté, mais qui nous a cependant paru mériter d'être ici mentionné, ne fût-ce que pour mémoire, parce qu'il est trop souvent oublié dans la pratique. C'est que notre législation moderne n'admet en aucune façon, ni en droit criminel, ni en droit civil, l'ancienne règle *testis unus, testis nullus;* et que dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, le juge est parfaitement maître de se déterminer par la déposition d'un témoin unique.

On demandait à la Cour suprême de casser un jugement qui, sur la déposition d'un seul et unique témoin, avait déclaré détruites les allégations consignées dans un procès-verbal de commissaire de police. Mais la Cour, avec grande raison, a rejeté le pourvoi, en se fondant sur ce que, la preuve testimoniale pouvant aujourd'hui résulter de la déclaration d'un seul témoin, le jugement était donc légalement motivé, et ne contenait aucune violation de la loi.

V. MARCADÉ.

USUFRUIT LÉGAL. — DÉCHÉANCE.

Questions notables sur les divers régimes d'association conjugale.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

L'une des matières les plus pratiques du droit et aussi les plus difficiles, le contrat de mariage, a appelé plus qu'aucune autre, dans ces derniers temps, l'attention des auteurs. Longtemps inexploré, ce sujet, grâce aux publications nombreuses qu'il a récemment inspirées, se place aujourd'hui parmi ceux dans lesquels la pratique doit craindre le moins d'être prise au dépourvu. Sur ce terrain, se sont produits presque en même temps, indépendamment des compilations et des dictionnaires, quatre ouvrages spéciaux qui tous procèdent de points de vue et de systèmes différents. Auteur, avec notre ami M. Rodière, de l'un de ces ouvrages, il nous appartient moins qu'à d'autres de dire lequel s'est le mieux pénétré, dans son ensemble, de l'esprit de la loi; mais nous pouvons au moins faire un retour sur les questions notables que soulève cette importante matière, et apprécier, au point de vue purement juridique, les idées qui se dégagent de la controverse des auteurs. C'est ce travail que nous commençons aujourd'hui.

Recherchant avant tout la vérité légale, nous voulons apporter à cet examen l'abnégation la plus complète, et ne tenir à nos précédents qu'autant que la discussion n'aurait pas ébranlé les convictions sur lesquelles nous les avons assis. Jamais plus qu'aujourd'hui nous n'aurons besoin de le dire; car, de toutes nos solutions, aucune n'a été plus généralement contredite que celle sur laquelle nous allons revenir, et cependant nous persisterons dans un avis que les critiques et les controverses ne nous paraissent pas avoir infirmé.

La question est de savoir si l'article 1442, dans son deuxième

paragraphe, qui prive le survivant des époux de son usufruit légal pour défaut d'inventaire, contient une disposition générale applicable à tous les régimes d'association conjugale. Nous nous sommes prononcé pour l'affirmative que nous avons soutenue, d'abord dans notre traité, t. I, n°s 763 et 764, et ensuite dans la *Revue de législation*, année 1847, t. III, p. 37 et suiv. Cette opinion, d'ailleurs, n'était pas isolée ; et à ce propos, nous protesterons avant tout contre une assertion de M. Bressolles, professeur à l'école de droit de Toulouse. Notre judicieux compatriote, en réfutant notre dissertation dans le même recueil (1848, t. III, p. 301), ouvre sa discussion en ces termes : « On peut dire *avec exactitude*, ce nous semble, que *malgré quelques dissidences* dans la doctrine, l'opinion reçue sur la question s'était prononcée jusqu'ici contre l'extension de l'article 1442 à d'autres régimes que celui de la communauté, et que le seul précédent judiciaire qui avait eu à s'en occuper ne s'était pas écarté de *cette presque unanimité*. La chose en était là quand MM. Rodière et Pont... » Nous en demandons pardon à notre honorable contradicteur ; mais pour être exact, il fallait dire que les auteurs étaient également divisés sur la question quand nous l'avons examinée. D'une part, et dans le système de M. Bressolles, on comptait MM. Proudhon, Duranton, Bellot, Marcadé, Zachariæ, Taulier ; d'une autre part, et dans notre sens, on trouvait MM. Delvincourt, Toullier, Battur, Glandaz, Dalloz, Chardon. Ainsi, six contre six, voilà quel était le véritable état des choses, et soit qu'on les compte, soit qu'on les pèse, les autorités alors nous donnaient raison autant qu'à M. Bressolles.

Depuis, nous devons le reconnaître, la proportion a bien changé. En effet, de tous les auteurs qui se sont occupés de la question, soit dans des traités ou des commentaires spéciaux sur le contrat de mariage, comme MM. Odier, Marcadé, Troplong, soit dans des ouvrages généraux sur le droit civil, comme M. Demolombe, soit comme M. Bressolles, dans des dissertations particulières, il n'en est pas un qui n'ait combattu notre avis ; en outre, nous avons cru remarquer que cet avis, qui avait été adopté par M. Dalloz aîné dans sa première édition, vient d'être abandonné, dans la deuxième, par MM. Dalloz frères,

La doctrine contraire à la nôtre a donc aujourd'hui un bien plus grand nombre d'adhérents. En est-elle plus solidement établie? en est-elle plus juridique? Nous ne le pensons pas. Prenons celui qui le dernier l'a formulée; aussi bien il se place au premier rang des plus éminents. Voici ce que dit M. Troplong: « L'article 1442 n'est pas fait pour le cas où les époux sont mariés sous le régime dotal. L'opinion contraire ne s'appuie sur aucun texte; elle a le grave danger d'étendre une peine par analogie, ce qui ne doit jamais se faire. La privation de l'usufruit, prononcée par l'article 1442, n'a été établie que pour remplacer la continuation de communauté de l'ancienne jurisprudence, ou, comme le disait M. Treilhard, « pour suppléer à ce remède dangereux. » Elle n'a donc trait qu'au cas où il y a communauté, et elle ne saurait avoir aucune influence lorsqu'il y a séparation d'intérêts et absence de toute communauté. L'usufruit légal de l'ascendant survivant reste alors sous l'empire du droit commun. Or le droit commun ne dit nulle part (en dehors du cas de communauté) que le défaut d'inventaire est pour le survivant usufruitier une cause de déchéance. Nulle part cette négligence n'est punie par la perte du droit. Le survivant peut être forcé de subir une enquête par commune renommée, quand ce genre d'enquête est jugé nécessaire pour arriver à la connaissance de la vérité. Il peut être condamné à des dommages et intérêts; mais jamais on n'a trouvé dans le droit qu'il fût, par cela seul, frappé de déchéance. La déchéance n'est prononcée par l'art. 1442 que dans le cas unique où il y a communauté, et où l'ancien droit soumettait le survivant à la continuation de la communauté pour peine de son omission. Il est manifeste, dès lors, que la privation de l'usufruit n'a lieu aujourd'hui que lorsque la continuation de communauté avait lieu autrefois. « Tout ce qu'on a voulu (comme l'exprime l'orateur du gouvernement), c'est de donner à la minorité quelque » chose de mieux que l'embarras et le hasard d'une continua- » tion de communauté » (t. II, n° 1305). — Sauf la note dans laquelle M. Troplong se borne à ajouter que l'opinion par nous soutenue *n'a pas même le mérite d'être spécieuse*, il ne dit rien de plus sur la question. Avec plus de développement, MM. De-

molombe et Bressolles ne disent pas autre chose. Eh bien ! c'est précisément ce que MM. Proudhon, Duranton, Bellot, Marcadé, Odier, Zachariæ et Taulier avaient dit avant eux ; et dès que leurs arguments n'ont pu nous faire considérer leur opinion comme juridique, nous n'entrevoyons pas comment les mêmes arguments, reproduits et développés, donneraient à la solution un plus solide appui.

Nous maintenons donc notre doctrine : spécieuse ou non, elle nous paraît fondée, et quelque effort que nous ayons pu faire, nous n'en sommes pas venu à reconnaître qu'elle reçoive la moindre atteinte d'aucun des principes qui lui sont opposés, ni des objections qu'elle a soulevées. On en jugera par l'exposé que nous allons faire de nouveau.

A notre sens le nœud de la difficulté n'est pas seulement dans l'article 1442, qui ne prescrit rien en ce qui concerne l'obligation, pour le père ou la mère survivant, de faire inventaire ; il est dans cet article combiné avec les dispositions qui imposent vraiment cette obligation, c'est-à-dire avec les articles 385 et 600. Ce sont là trois textes qu'il ne faut pas séparer.

L'article 384 du Code Napoléon pose en principe que « le père durant le mariage, et après la dissolution du mariage le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation, qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. » Ce droit que l'article 384 attribue au père pendant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des époux, est un usufruit : il est qualifié tel par les articles 389, 579 et 601 ; bien plus, la loi, qui constitue elle-même cet usufruit, le soumet, quant à l'établissement du droit et au mode de jouissance, aux règles et aux conditions fondamentales du droit d'usufruit, dont le type est au tit. III, liv. II, du Code Napoléon. C'est ce qu'exprime le législateur, lorsqu'après avoir établi, par l'article 384, le bénéfice de jouissance légale en faveur du père ou de la mère, il ajoute immédiatement dans l'article 385 : « Les charges de cette jouissance seront : 1° *celles auxquelles sont tenus les usufruitiers...* » Or l'article 600 du Code Napoléon place au premier rang des obligations imposées à l'usufruitier, celle de faire inventaire,

« L'usufruitier, dit cet article, prend les choses dans l'état où elles sont; mais *il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.* » Ainsi, l'obligation de faire un inventaire, pour le père ou pour la mère qui prend l'usufruit légal du bien de ses enfants, résulte de l'article 600 combiné avec l'article 385. Cela s'induit plus énergiquement encore de l'article 601, qui, après avoir dit « que l'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit, » ajoute aussitôt : « Cependant les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants... ne sont pas tenus de donner caution... » Cette précision même de la loi atteste qu'en formulant les règles générales de l'usufruit, le législateur avait en vue l'usufruit légal aussi bien que l'usufruit conventionnel; d'où la conséquence que la dispense portant uniquement, par rapport à l'usufruit légal, sur l'obligation de donner caution, dont s'occupe l'article 601, la nécessité de faire préalablement inventaire, aux termes de l'article 600, subsiste dans toute sa force même pour cette espèce particulière d'usufruit.

Maintenant, cette obligation établie, quelle est la sanction? Si entre l'époux survivant et son enfant mineur de moins de dix-huit ans la position était égale, c'est-à-dire s'ils étaient l'un et l'autre en plein exercice de leurs droits et pouvaient par suite veiller à la conservation de leurs intérêts réciproques, la disposition de l'article 600 suffirait à tout. L'usufruitier ne pouvant, aux termes de cet article, entrer en jouissance qu'après inventaire, il s'ensuivrait que le nu-propriétaire ne devrait compte des fruits à l'usufruitier qu'à partir de la confection de l'inventaire. Mais la situation est différente dans le cas d'usufruit légal. Les parties en présence ne sont pas également capables; il y a, d'une part, l'usufruitier qui jouit de tous ses droits; d'une autre part, il y a le nu-propriétaire qui est mineur, qui, par conséquent, ne peut s'opposer à l'entrée en jouissance de l'usufruitier, ni exiger l'accomplissement d'une formalité prescrite comme la sauvegarde de ses intérêts éventuels. La sanction de la loi devait donc être plus énergique; de là l'article 1442 dont la se-

conde disposition attache au défaut d'inventaire, dans ce cas, la déchéance de plein droit et à tout jamais de l'usufruit légal.

Voilà donc la pensée de la loi dans tout son développement. De l'article 385 aux articles 600 et 1442, la filiation des idées se suit par un enchaînement de principes rigoureux et logiques. Le premier de ces articles assimile, quant à l'entrée en jouissance et aux conditions du droit, l'usufruitier légal à l'usufruitier conventionnel; par suite de cette assimilation, le second fait une loi à l'usufruitier légal de n'entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit; enfin le troisième, pour donner la consécration à une prescription formulée dans les deux autres, veut que, faute par l'usufruitier d'avoir rempli cette condition de son entrée en jouissance, il soit frappé de la déchéance absolue de son droit.

Or cette filiation même des idées indique que tout ici est absolument indépendant du régime d'association conjugale sous lequel les époux s'étaient placés. Cela est clair, puisque la déchéance prononcée par la loi atteint un usufruitier légal, c'est-à-dire un père ou une mère, et non point un époux. Aussi tout dans la loi concourt avec cette idée. En effet, l'article 1442 ne prescrit pas lui-même la formalité de l'inventaire par rapport aux biens dont il retire les revenus au père ou à la mère qui a négligé d'accomplir cette formalité. « S'il y a des enfants mineurs, dit cet article, *le défaut d'inventaire* fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus, et le subrogé tuteur qui ne l'a point obligé à faire inventaire est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. » L'article 1442 suppose donc que la loi a déjà prescrit l'obligation de faire inventaire. Et cette prescription où donc est-elle faite? Dans les articles 385 et 600 combinés, et pas ailleurs. Mais de quoi s'agit-il dans cette partie du Code? Le législateur y prend-il en considération les conventions matrimoniales des père et mère auxquels il attribue l'usufruit légal? En aucune manière. La loi se préoccupe exclusivement de la qualité d'usufruitier. C'est donc en cette qualité, et nullement en celle d'époux, que le père ou la mère survivant

doit faire inventaire. Cela étant, il est démontré que la déchéance de l'usufruit, encourue pour inaccomplissement de cette formalité, est tout à fait indépendante du régime d'association conjugale sous lequel le mariage du survivant avait été contracté. En effet, le droit de ce dernier à la jouissance des biens de ses enfants âgés de moins de dix-huit ans et non encore émancipés ne dérive pas du contrat de mariage; il dérive de la puissance paternelle : partant, il existe en principe, quel que soit le régime adopté lors du mariage de l'époux survivant avec l'époux prédécédé. Seulement il n'existe que sous une condition expresse: c'est qu'en entrant en jouissance, le père ou la mère survivant fera dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. Mais de même que le droit à la jouissance est indépendant des stipulations du contrat de mariage du père ou de la mère auquel ce droit est accordé, de même aussi cette formalité de l'inventaire est prescrite, abstraction faite de ces mêmes stipulations. En sorte que lorsque l'article 1442 rappelle ensuite cette formalité pour en mettre l'accomplissement sous la sanction d'une déchéance absolue, on est invinciblement amené par la déduction logique des idées à reconnaître que la déchéance elle-même est entièrement indépendante du régime d'association conjugale sous lequel s'était placé l'époux survivant qui l'a encourue.

En faut-il une preuve de plus prise encore du texte? Elle est dans la solidarité prononcée par l'article 1442 *contre le subrogé tuteur* qui n'a point obligé le survivant à faire inventaire. Cette solidarité est caractéristique : elle indique par elle-même que l'inventaire à l'inaccomplissement duquel la loi attache la déchéance est bien celui auquel le survivant est tenu en sa qualité d'usufruitier légal, et pour séparer de sa fortune personnelle la fortune des enfants mineurs sur les biens desquels il va exercer son droit de jouissance. En effet, la nomination d'un subrogé tuteur et les fonctions qui lui sont imparties sont tout à fait indépendantes des stipulations par lesquelles les père et mère ont réglé les conditions civiles de leur mariage. Quelles que soient ces stipulations, dans tous les cas où il y a des mineurs et une tutelle ouverte, il y a aussi un subrogé tuteur dont les fonctions

sont les mêmes toujours et dont la responsabilité ne peut pas par conséquent varier. Concevrait-on que le législateur, faisant au subrogé tuteur, dans le cas d'omission d'inventaire, sa part de responsabilité, ait voulu lui faire cette part moins grande par cela seul que les auteurs du mineur auraient été mariés sous un autre régime que celui de la communauté? Mais que fait cette circonstance, quand il s'agit d'apprécier la conduite d'un subrogé tuteur qui, témoin impassible de la négligence du père ou de la mère survivant, n'use pas de ses pouvoirs pour exiger l'accomplissement d'une formalité protectrice? Si cette conduite est blâmable et engage sa responsabilité dans le cas où le survivant était commun en bien avec son époux prédécédé, se peut-il donc qu'elle soit exempte de reproche et laisse le subrogé tuteur à couvert, dans le cas où le survivant s'était placé sous un tout autre régime d'association conjugale? Non! la loi n'a pas pu poser le principe d'une responsabilité variable ainsi au gré des conventions matrimoniales. Et lorsqu'elle a imposé au subrogé tuteur la solidarité d'une faute ou d'une négligence susceptible de compromettre les intérêts du mineur, elle s'est par cela même empreinte au plus haut degré du caractère de généralité; elle a nettement manifesté l'idée que, loin de se restreindre à tel ou tel régime d'association conjugale, elle entendait les embrasser tous dans ses prévisions.

Et comment en pourrait-il être autrement? En toutes choses, c'est avant tout le but de la loi qu'il faut envisager. Or ici, la pensée intime est on ne peut plus transparente. Le législateur a voulu, sous cette sanction de la déchéance, éviter une confusion de biens susceptible de favoriser, au préjudice du mineur, des abus, volontaires ou non, de la part de celui qui tient tous ces biens sous sa main. Donc, partout où les biens personnels des enfants avec les biens personnels du père ou de la mère survivant peuvent se mêler et être confondus après la dissolution du mariage, il y a nécessité de faire un inventaire qui sépare les propriétés respectives. Eh bien! cette confusion, quoi qu'on en puisse dire, n'est pas propre exclusivement à la dissolution d'une communauté; elle se lie, comme conséquence possible, à la dissolution de tout mariage, quelles qu'en aient été les condi-

tions civiles, dès qu'à la dissolution il existe des mineurs issus de ce mariage. Cela est certain dans le cas où le mariage avait été contracté sous le régime dotal. En effet, s'il peut arriver que la femme prédécède ne laissant d'autres biens que les reprises dotales fixées par son contrat, circonstance dans laquelle les droits des enfants sont protégés contre tout abus par le contrat lui-même, il peut arriver aussi, dans cette même hypothèse, que la femme en mourant laisse, outre ses reprises dotales constatées par le contrat de mariage, des biens paraphernaux apportés par elle dans la maison de son mari. Dans ce dernier cas, les biens paraphernaux de la femme se confondent avec les meubles du mari; et à défaut d'un inventaire qui en constate l'origine, les enfants qui succèdent aux biens paraphernaux de la mère et les recueillent comme ils recueillent les reprises dotales, n'ont aucun moyen de se soustraire aux abus du père survivant par rapport à ces biens qu'il a sous la main. D'un autre côté, la confusion est inévitable, et le même danger se présente dans le cas de prédécès du père, puisqu'alors tous les meubles et tous les effets du prédécédé se trouvent confondus, sous la main de la mère, avec ses biens paraphernaux, si elle en a, dans la maison qu'elle habitait avec son mari. — Dans les régimes exclusifs de communauté, ce danger n'est pas moindre. Le contrat qui stipule l'exclusion de communauté se borne à établir cette exclusion et ne fixe rien de plus. Dans ce cas, l'administration et la jouissance des biens de la femme sont transmises au mari, qui prend cette administration et cette jouissance sans être tenu de donner caution ni même de faire inventaire (art. 1531); en sorte que, par la force même des choses, tous les meubles se trouvent confondus dans la maison commune au moment de la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, sans que rien, à défaut d'un inventaire, puisse distinguer les biens du survivant de ceux du précécédé à la succession duquel ses enfants sont immédiatement appelés. Il n'en est pas autrement dans le régime de la séparation de biens. Le propre de ce régime est bien de séparer les intérêts des époux et de laisser à la femme, comme dans le cas où elle n'a que des biens paraphernaux, la gestion pleine et entière. Mais la loi suppose, et c'est ce qui arrive à peu près

toujours, que le mari peut jouir des biens de sa femme avec ou sans mandat de celle-ci (art. 1539, 1577, 1578, 1579); en sorte que la seule différence qui existe entre ce régime et le précédent consiste en ce que, dans le cas de séparation de biens, le mari doit rendre compte, dans une certaine mesure, des fruits et des revenus des biens dont la femme lui laisse l'administration et la jouissance. Mais en fait tout se trouve encore sous la même main; d'où il suit qu'il y a inévitablement aussi mélange et confusion des deux fortunes à la dissolution du mariage. — Ainsi, sous quelque régime que le mariage ait été contracté, il y a le même motif pour obliger le survivant à faire inventaire; sous tous les régimes, l'intérêt existe pour les enfants, inégalement peut-être, mais assurément à un degré quelconque; le défaut d'inventaire doit donc entraîner dans tous les cas la déchéance prononcée par la loi.

Tout ceci, nous dit M. Troplong, n'a pas même le mérite d'être spécieux! A la bonne heure, et c'est pour cela sans doute que l'éminent magistrat s'est dispensé de réfuter un ensemble de déductions qui nous paraissait de plus en plus aller droit à la question et la résoudre. Nous ne voulons pas croire qu'il nous soit permis à nous de couper court de la même manière à toute discussion. Aussi, après avoir posé notre doctrine, nous demanderons-nous ce qu'il y a de fondé dans la doctrine opposée.

En définitive, tout, dans cette doctrine, se réduit à ceci : les peines et les déchéances sont de droit étroit; il ne faut jamais les étendre par voie d'analogie. La déchéance de l'article 1442 est écrite au chapitre de la communauté; on ne doit donc pas la transporter dans les autres régimes d'association conjugale. — En outre, la privation d'usufruit édictée par l'article 1442 a été destinée à remplacer la continuation de communauté qui était autrefois le résultat du défaut d'inventaire; par cela même elle a trait uniquement au cas où il y a communauté. Nous avons cherché dans les auteurs, dans ceux qui, les derniers, ont traité la question aussi bien que dans ceux qui s'en étaient occupés les premiers, et, en dehors de ces deux arguments, nous n'avons trouvé dans aucun rien à l'appui de leur thèse. Eh bien! nous

persistons à penser que ces deux arguments ne suffisent pas à les justifier.

Nous conviendrons si l'on veut, avec M. Bressolles, que la disposition renfermée dans le deuxième paragraphe de l'article 1442 aurait pu être placée dans une autre partie du Code, par exemple au titre de la *Puissance paternelle* ou au titre de l'*Usufruit*. Mais l'honorable contradicteur et ses tenants conviendront aussi avec nous que toutes choses n'ont pas été mises à leur place dans le Code, et que dans nombre de cas, qu'ils nous dispenseront de rechercher en ce moment, il leur est arrivé de reconnaître et de dire que tel article eût été mieux placé ailleurs qu'à l'endroit où il se trouve. Il ne leur est arrivé cependant jamais, que nous sachions, de conclure qu'une disposition, parce qu'elle est plus ou moins déplacée, ne doit pas recevoir ses applications naturelles. Et cela se conçoit. Le Code n'est pas sorti d'un seul jet de la conception de ses rédacteurs; ils ont discuté titre par titre et ont pu ne pas entrevoir sur chacun, du premier coup, toutes les difficultés qui pouvaient s'y concentrer. Et quand il leur est arrivé d'en omettre une, ils ont mieux aimé la résoudre au titre ultérieur qui leur a paru le plus convenable pour cela que ne pas la résoudre, et n'ont pas admis cependant que leur disposition en serait amoindrie dans ses effets. Il en a pu être ainsi de l'article 1442 : l'article 600 n'ayant pas dit que le défaut d'inventaire entraînerait déchéance du droit pour l'usufruitier légal, le législateur a pensé qu'il était encore temps de le dire dans l'article 1442; et il a d'autant moins dû admettre, dans ce cas particulier, que la disposition en serait envisagée comme restrictive, qu'après tout elle est écrite au chapitre de la communauté, c'est-à-dire dans une partie de la loi qui règle le droit commun du contrat de mariage et dont les dispositions régissent les divers régimes d'association conjugale en tant qu'elles sont compatibles et conciliables avec chacun d'eux. Tout se réduit donc ici à savoir si l'article 1442 spécialement est susceptible de se combiner avec les régimes autres que celui de la communauté. Or cette question est déjà résolue; nous avons démontré, en effet, que l'intérêt dans lequel la loi a statué se produit à la dissolution de tout mariage, quel qu'ait été le régime

sous lequel il avait été contracté; et d'ailleurs les adversaires eux-mêmes admettent cela en partie. Ainsi, lorsque des époux sont mariés *en communauté*, la loi veut qu'à défaut d'inventaire des biens communs à la mort de l'un des époux, le survivant souffre que la consistance des biens soit établie par les parties intéressées à l'aide de tous les genres de preuve, même par la commune renommée. S'ensuit-il que si les époux ont vécu sous le régime dotal, ou s'ils ont été séparés de biens, le survivant puisse impunément mettre la main sur l'argent comptant, les bijoux, les titres et créances, disposer des meubles, et qu'il faille l'en croire ensuite sur la consistance des biens qu'il dit avoir trouvée? Nullement : tous les auteurs, M. Troplong, M. Bressolles eux-mêmes, et tous ceux dont nous combattons la doctrine, reconnaissent que les parties intéressées auront contre les allégations du survivant la ressource d'une preuve quelconque, même de la preuve par la commune renommée. Mais en vertu de quelle disposition les parties auront-elles ce droit? M. Bressolles nous dit que c'est la force même des choses qui y conduit; nous disons, nous, avec plus d'exactitude, que ce qui y conduit plus directement, c'est précisément l'article 1442 lui-même, dont la première disposition, où ce droit est écrit, n'est reproduite cependant ni rappelée dans aucun des articles relatifs au contrat de mariage. Étrange inconséquence qui, divisant un même article en deux parties distinctes, généralise la première quoiqu'elle soit écrite seulement au chapitre de la communauté, et limite la seconde parce qu'elle n'est écrite qu'au chapitre de la communauté! Et remarquez que l'objection prise de ce qu'il s'agit d'une déchéance, dans cette seconde partie, et de ce qu'il est dans la nature des déchéances de ne pouvoir être étendues d'un cas à un autre, est ici sans valeur. Sans doute on ne pourrait pas, sur l'autorité de l'article 1442, proclamer la déchéance d'un usufruitier *conventionnel* pour défaut d'inventaire; car il y a une différence réelle entre l'usufruit conventionnel et l'usufruit légal, et puisque la loi, qui établit ce dernier, a cru devoir placer, par rapport à lui, la formalité de l'inventaire sous une sanction de déchéance qu'elle n'a pas reproduite par rapport au premier, ce serait vraiment étendre la

pénalité que la faire passer du cas prévu par la loi au cas dans lequel la loi est muette. Est-ce de cela qu'il s'agit ici? En aucune manière ; l'usufruit dont il est question est précisément un usufruit *légal*, un usufruit dont la nature et le principe sont un, quelles qu'aient été les conditions civiles du mariage contracté par l'ayant droit. Or, appliquer la déchéance pour défaut d'inventaire à un usufruit légal, ce n'est, en aucun cas, étendre la pénalité, puisque c'est en vue d'un tel usufruit que la loi a statué.

Mais, dit-on, et c'est le dernier argument d'une théorie qui en produit deux, la disposition de l'article 1442 est destinée à remplacer la continuation de communauté établie autrefois par la législation coutumière ; les dispositions ne sauraient donc en être appliquées en dehors du cas de communauté. Il faut s'entendre. Sans doute, les mesures prises par l'article 1442 ont eu pour objet de se substituer à l'ancienne continuation de communauté, que cet article lui-même proscrit d'une manière formelle. Ainsi, dans tous les cas où, sous l'ancienne jurisprudence, la communauté pouvait continuer après la dissolution du mariage, et continuait comme conséquence du défaut d'inventaire par le survivant, nous avons à la place aujourd'hui : « les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres que par la commune renommée » (art. 1442, § 1), et en outre ensuite, s'il y a des enfants mineurs, nous avons la déchéance ou la perte de l'usufruit légal pour le survivant (art. 1442, § 2).

Toutefois, si le système de la communauté légale ou conventionnelle dominait dans la législation coutumière, ce système n'embrassait pas toutes les situations. Les époux pouvaient s'être mariés sous le régime exclusif de la communauté, ou avec une stipulation de séparation contractuelle. Or la continuation de communauté était évidemment impossible dans ces derniers cas. Comment, en effet, donner une continuation à ce qui n'avait pas eu de commencement? S'ensuivait-il cependant que le survivant ne dût pas faire inventaire dans ces cas, et que le défaut d'inventaire fût dépourvu de sanction? Examinons.

On sait que les coutumes accordaient aux père et mère, soit

comme un attribut de la puissance paternelle, soit comme une récompense des soins qu'ils donnaient à leurs enfants, un certain droit sur les biens de ces derniers, droit connu sous la dénomination de garde noble ou de garde bourgeoise. Quelle était la mesure de ce droit? Cela n'a pas ici d'importance Mais ce qu'il faut constater, c'est qu'en général le droit du gardien était un simple droit de jouissance. La garde impliquait donc un démembrement de la pleine propriété et la coexistence de deux droits distincts sur une même chose : un droit de propriété appartenant au mineur, un droit d'usufruit appartenant au gardien. De cette situation à la nécessité de mesures conservatrices et protectrices, la conséquence était forcée ; et cela admis, l'inventaire se présentait à l'esprit comme celle de toutes les mesures qui pouvait le mieux atteindre le but proposé, en ce que, séparant la fortune du gardien de celle du mineur, l'inventaire devait mettre ce dernier à même de réclamer et de reprendre sa chose à l'expiration de la garde. Aussi lit-on dans l'article 269 de la coutume de Paris : « La garde noble ou bourgeoise se doit accepter en jugement; *et est tenu, le gardien noble ou bourgeois, faire faire un inventaire...* » Ainsi, qu'il eût été ou non commun en biens, le père et la mère survivant, en devenant gardien, devait faire inventaire; l'obligation en était imposée d'une manière générale.

Sous quelle sanction? Il n'y avait aucune difficulté dans le cas où le mariage dissous avait été contracté sous le régime de la communauté. Le défaut d'inventaire entraînait alors continuation de communauté, et par la force même des choses déchéance de la garde : car cette garde procurait des biens qui, par leur nature, tombaient dans la communauté continuée, comme ils seraient tombés dans la communauté primitivement établie entre les deux époux; en sorte qu'au lieu de recevoir les fruits pour lui-même et dans son intérêt exclusif, comme il l'aurait fait s'il n'eût pas négligé la formalité de l'inventaire, le survivant ne recueillait ces fruits que pour les verser aussitôt dans la communauté continuée, c'est-à-dire dans un fonds commun auquel ses enfants avaient droit aussi bien que lui-même.

Mais cela veut-il dire que quand il n'y avait pas eu communauté entre les époux, quand la continuation de communauté

était par conséquent impossible, les enfants mineurs fussent livrés sans défense au père ou à la mère survivant, et qu'en présence de dispositions formelles prescrivant la confection d'un inventaire protecteur, le père ou la mère, gardien, pût négliger cette formalité sans encourir aucune peine? La question n'était pas résolue par les textes, mais elle avait soulevé entre les auteurs une controverse que M. Bressolles a niée, ou que du moins il a amoindrie à tort. Les uns, c'était l'avis de Dumoulin, de Bourjon, de Pothier [1], etc., prétendaient que, dans le silence de la coutume, le défaut d'inventaire ne devait pas empêcher la garde ou en affaiblir les effets [2]. Les autres, en plus grand nombre peut être, soutenaient au contraire que le défaut d'inventaire entraînait la déchéance de la garde : c'était l'avis de Lemaître, de Guérin, d'Auzanet de Ferrière, et le président de Lamoignon le formulait en ces termes dans ses arrêtés : « Est tenu le gardien, faire faire inventaire des meubles, titres et papiers appartenant au mineur, avec le tuteur ou subrogé tuteur, si aucun y a, sinon avec le substitut de notre procureur général ou procureur fiscal du seigneur, dans trois mois du jour de l'acceptation, *et ce temps passé demeurera déchu du profit de la garde noble.* » (Tit. de l'*État des personnes*, n° 35) [3].

[1] M. Bressolles fait dire à Pothier que, dans les derniers temps, il y avait une *commune opinion* qui était favorable au père. — Pothier dit seulement, et c'est bien différent, que Tronçon, en rapportant un arrêt contraire, atteste cependant que, de son temps, la plus commune opinion au palais était que le défaut d'inventaire n'entraînait pas la déchéance de la garde.

[2] Ils en donnent cette raison qu'ils disent décisive : *Quia inventorium nihil habet commune cum fructibus;* observation peu décisive, comme le fait remarquer M. Bugnet sur Pothier, *De la garde noble et bourgeoise*, noté 1 sur le n° 99, « puisque la confection de l'inventaire pourrait très-bien être une condition à remplir préalablement, sans l'accomplissement de laquelle l'usufruitier n'acquerrait pas les fruits. » C'est ce qu'exprime, en effet, l'article 600 du Code Napoléon.

[3] Voici, sur ce point, l'avis de Ferrière qui résume la controverse : « Puisque la coutume donne la garde, à la charge par le gardien de l'accepter en jugement, de faire inventaire, et de bailler caution par le gardien bourgeois, ce sont des conditions absolument nécessaires; en sorte que le défaut d'une d'icelles cause la déchéance du droit du gardien, qui n'a pas satisfait à ce qui lui était ordonné par les coutumes, pour jouir des profits et droits de la garde. — Tronçon remarque un arrêt du 20 mars 1605, au rapport de M. Baxin, qui a déclaré le gardien déchu de son droit pour n'avoir point fait inventaire. Néanmoins, il tient l'opinion de Dumoulin, et dit qu'elle est la plus commune. La raison qu'il en rend est que si l'intention de la coutume, faute de faire inventaire, eût voulu priver le gardien de la garde, elle l'eût déclaré, et que c'est une peine, laquelle ne peut être suppléée contre des personnes telles que les père et mère. Pour moi,

Ces traditions ne sauraient être perdues, et quand, sous l'influence d'un système de discussion restauré avec éclat par M. Troplong dans les travaux juridiques, chacun demande de plus en plus aux traditions du passé des lumières pour l'intelligence de la loi nouvelle, nous sommes surpris, nous l'avouerons, qu'un procédé aussi fécond soit mis à l'écart dans l'interprétation de l'article 1442. Quant à nous, nous croyons, au contraire, qu'il est indispensable de l'appliquer, et nous dirons : Oui, l'article 1442 a eu pour but de créer un ensemble de mesures préférable à l'ancienne continuation de communauté; en conséquence, dans tous les cas où la communauté pouvait continuer et continuait autrefois par suite du defaut d'inventaire, il a aboli la continuation de communauté, en se bornant à maintenir, pour le cas où il existerait des enfants mineurs, une déchéance qui était autrefois un effet direct de la communauté continuée. Mais ce qui n'était autrefois que l'effet d'une sanction spéciale est la sanction même aujourd'hui, et par là l'article 1442 se montre comme étendant ses prévisions même aux hypothèses dans lesquelles la communauté ne pouvait pas continuer autrefois; par là aussi la loi moderne est plus précise que ne le fut l'ancienne législation. En donnant, sans aucune acception des conventions de mariage des époux, un droit de jouissance au père ou à la mère sur les biens de leurs enfants mineurs, sous la condition de faire un inventaire, la coutume livrait aux discussions et aux controverses des jurisconsultes, par un silence imprévoyant, le point de savoir si, en dehors du cas où il s'était marié en communauté, le père ou la mère survivant pouvait négliger impunément la formalité qu'il était tenu d'accomplir dès son entrée en jouissance. Mieux avisé, le législateur moderne, qui, lui aussi, consacre par l'article 384 le droit de jouissance en faveur des père et mère sous cette même condition d'un inventaire des meubles et d'un état des immeubles sujets

j'estime qu'il faut suivre le parti de l'arrêt et le sentiment de maître Auzannet, parce que l'intérêt des mineurs le requiert; car comme la restitution leur doit être faite de leurs dettes mobilières, ils pourraient être trompés. Ainsi, l'inventaire doit être fait incessamment, c'est-à-dire peu de temps après le décès de celui qui fait l'ouverture à la garde, la coutume n'ayant point déterminé le temps pour le faire. »

à l usufruit (art. 385 et 600), le législateur moderne veut mettre un terme aux anciennes controverses en sanctionnant l'opinion suivant laquelle le défaut d'inventaire ferait perdre au père ou à la mère survivant la jouissance des revenus de ses enfants mineurs.

Telle est notre opinion; elle est entrée si profondément dans nos convictions que volontiers dirions-nous, comme M. Troplong à propos d'un autre point de droit, si, comme l'éminent magistrat, nous avions acquis le droit de le dire : « Cette opinion, quoique fondée sur un texte positif, rencontre encore, je le sais, beaucoup d'esprits récalcitrants; je ne m'en inquiète pas : quand le temps aura mûri cette question, on s'étonnera qu'une idée si simple ait eu tant de peine à vaincre la routine. » (*Com. sur le cont. de mariage*, t. I, n° 402.)

PAUL PONT.

DROIT CRIMINEL COMPARÉ.

CODE PÉNAL DE BAVIÈRE, traduit de l'allemand, avec des annotations tirées du commentaire officiel, par M. Ch. VATEL, avocat, docteur en droit. Un volume in-8°. Paris, librairie de Durand. 1852.

Compte rendu par M. BONNEVILLE.

M. Vatel vient de rendre un éminent service à la science, en faisant connaître aux légistes français le Code de Bavière, le plus célèbre sans contredit des Codes criminels de l'Allemagne, celui que tous les savants de l'Europe s'accordent à considérer comme un des monuments les plus remarquables du droit pénal moderne.

Aussi avons-nous hâte, en vue de la haute mission scientifique que nous nous sommes imposée, de signaler cette importante publication à l'attention des criminalistes et des hommes d'État.

Dans ce but, nous allons essayer de donner une idée générale

de ce Code, de faire ressortir les qualités spéciales qui le distinguent, les progrès notables qu'il a réalisés, l'influence considérable qu'il a exercée sur le droit pénal allemand et les précieuses données qu'il peut offrir encore aux méditations des législateurs.

I.

Le Code de Bavière, quoique promulgué en 1813, doit être considéré comme exactement *contemporain* de notre Code de 1810, en ce sens que le projet définitif qui lui a servi de base avait été, dès 1807 (bien avant la rédaction de nos Codes criminels [1]), imprimé et *publié* dans toute l'Europe; d'où il est permis d'inférer que les deux législations se sont prêté un mutuel secours, et que si le Code de Bavière a fait quelques emprunts au Code français, celui-ci a dû nécessairement mettre à profit les neuves et savantes déductions de l'œuvre de FEUERBACH. Je dis nécessairement, car il semble impossible de penser qu'en présence du décret du 11 messidor an IX, qui, dans l'intérêt de la réformation générale de nos lois, avait prescrit *la traduction des diverses législations étrangères*, les rédacteurs [2] d'un Code pénal, qui allait être discuté *sous la présidence de* NAPOLÉON [3], n'eussent pas mis, au nombre des principaux éléments de leurs travaux, le célèbre projet préparé pour la Bavière par le premier des jurisconsultes de l'Allemagne, avec le concours des plus renommés criminalistes de l'Europe.

Mais, à part cette considération, qui ne paraît pas sans intérêt au point de vue de l'histoire du droit, le Code de Bavière a le rare mérite d'avoir, *seul*, entre toutes les législations de l'époque, partagé l'honneur de la propagande dominatrice exercée par le Code pénal de l'empire français; avec cette différence que l'invasion de ce dernier Code s'est étendue sous l'irrésistible influence

[1] On sait que le projet définitif du Code pénal de 1810 ne fut préparé qu'en 1808.

[2] La section de législation du Conseil d'État se composait de MM. *Treilhard*, *Albisson*, *Berlier*, *Faure* et *Réal*, auxquels avaient été adjoints MM. *Muraire*, président de la Cour de cassation, et *Merlin*, procureur général.

[3] Lors du premier projet de Code criminel soumis au Conseil d'État et examiné par lui du 5 juin au 20 décembre 1804, Napoléon avait présidé presque toutes les séances et pris une part active à la discussion. Il assista moins fréquemment à la discussion du dernier projet, qui eut lieu en quarante et une séances, depuis le 4 octobre 1808 jusqu'au 18 janvier 1810.

de nos armes, tandis que celle du Code *Maximilien* s'est produite par la propre force de son autorité scientifique.

Ainsi, tandis que l'Italie, la Sicile, la Hollande, la Belgique, les provinces rhénanes, la Pologne, la Suisse, etc., recevaient des mains victorieuses de Napoléon notre Code de 1810, les duchés d'Oldenbourg et de Saxe-Weimar, le royaume de Wurtemberg, la Suède, et, plus tard, la Grèce, les cantons suisses de Saint-Gall, Zurich, etc., adoptaient *volontairement* les dispositions du Code de Bavière !...

Nous ne saurions donc mieux faire, pour réaliser l'aperçu que nous avons promis du droit pénal bavarois, que de conférer entre eux les deux Codes, qui, par l'effet d'une domination en quelque sorte parallèle (*divisum imperium*), ont, depuis le commencement de ce siècle, servi de type fondamental à la plupart des législations criminelles aujourd'hui régnantes.

§ 1.

Considérés dans leur ensemble, ces Codes présentent de nombreuses et frappantes analogies :

Même classification des infractions en *crimes*, *délits et contraventions* ; en crimes et délits contre la *chose publique*, contre les *particuliers*; même sous-division de ces derniers, en méfaits contre les *personnes*, méfaits contre la *propriété*.

Système des peines en grande partie identique. Pour les crimes : la mort, les fers (ou travaux forcés) à vie, la maison de force (ou travaux forcés) à temps, la maison de travail (ou réclusion); — Pour les délits, l'emprisonnement, l'amende.

Même suppression des peines fixes, latitude laissée au juge avec maximum et minimum. Même édiction, en tête du Code, de dispositions générales sur la *tentative*, la *complicité*, la *récidive*, sur les causes qui *excusent* ou font *disparaître* la criminalité ; enfin, même *exposé des motifs* expliquant la pensée et les intentions du législateur.

Toutefois, sur chacun de ces points d'analogie ou de similitude, on aperçoit tout d'abord de sensibles perfectionnements, qui révèlent une étude plus approfondie des grands principes de la science pénale. J'en note rapidement quelques-uns.

§ 2.

Tout l'édifice pénal repose sur l'incontestable *droit* qu'a la société de *punir*. Il importe donc essentiellement de donner à ce droit redoutable sa vraie base; car de là dépendront et l'autorité morale de la loi et l'esprit général de ses dispositions. Sur ce point capital, le Code de Bavière n'a eu garde d'imiter le silence absolu de notre Code. Dès 1813, époque où régnaient sans partage les fausses et matérielles doctrines de l'*utilité*, de l'*intimidation*, de la *légitime défense*, il a su, s'élevant à la sublime théorie qu'avait devinée l'antiquité païenne [1], que proclama bientôt le christianisme, et que professent aujourd'hui les plus éminents philosophes; il a su, dis-je, faire remonter le droit de punir à sa céleste origine, à l'éternelle source de tout pouvoir ici-bas. En conséquence, il n'attache de peine qu'à la *violation des devoirs*, qu'aux infractions à cette *loi morale* que Dieu lui-même a gravée dans la conscience de chacun de nous.

« Quiconque, dit l'art. 1, se rend coupable d'un acte ou omission ILLICITES, contre lesquels la loi prononce la menace d'un certain mal, sera soumis à ce mal *comme à sa peine*. »

On voit qu'ici ce n'est plus la société qui punit *pro publica utilitate, aut pro propria tutela, aut in terrorum multorum;* c'est le méfait s'infligeant à lui-même sa peine, ou plutôt la recevant, comme la conséquence fatale et inévitable, comme la *réparation providentielle d'un devoir violé!* Sur cette solide base, la justice humaine devient à jamais inattaquable, car elle est le reflet et la délégation de la justice divine!...

L'infraction ainsi comprise et définie, on conçoit que le législateur devait, plus qu'aucun autre, se préoccuper de la démarcation profonde qui doit séparer les faits qualifiés *crimes*, *délits* et *contraventions*. Aussi, pour prévenir à cet égard les rapprochements et les confusions si propres à *troubler le sens moral des populations* [2], il ne s'est pas borné à établir, comme nous, entre ces faits, des différences de noms, de peines, de juridic-

[1] Dieu lui-même a attaché la peine au mal par d'indissolubles nœuds d'airain. (Platon.)

[2] Commentaire officiel.

tions; il a tout d'abord éliminé du Code pénal toutes les menues infractions, n'impliquant intention coupable ni violation d'un devoir, et il les a reléguées dans un CODE SPÉCIAL *des infractions de police*. Puis, en ce qui touche les *crimes et délits* (*acta illicita*), qui seuls font l'objet du Code pénal, il s'est appliqué à les séparer d'une manière absolue, en divisant le Code en deux livres distincts, dont l'un traite exclusivement des *crimes*, l'autre des *délits*.

Cette séparation si importante, dont le Code d'Autriche avait le premier donné l'exemple, semble être un progrès désormais acquis à l'art de classifier les infractions pénales.

§ 3.

Maintenant, si nous considérons le système des primes, nous y trouvons d'autres améliorations très-remarquables pour l'époque où elles ont eu lieu.

Ainsi, le 16 mai 1813, le Code de Bavière abolissait la *confiscation générale des biens*, la *mutilation du poing*, la *flétrissure de la marque*, le *carcan*[1], que nous n'avons aboli nous-mêmes qu'en 1832; il restreignait aux condamnés à vie ou à des peines de très-longue durée l'*exposition publique*, que nous n'avons cessé d'infliger aux condamnés criminels qu'en 1848; enfin il supprimait la qualification de peines *infamantes* qui existe encore dans notre Code actuel.

J'appuie sur ce dernier progrès, parce qu'il est un de ceux qui affectent et distinguent toute une théorie pénale. Est-ce que, chez une nation chrétienne et civilisée, la peine devrait jamais être *infamante*?... Que le crime emporte note d'infamie, on le conçoit et nul n'a le droit de s'en plaindre; mais la *peine*, ce remède légal du crime (*remedium criminis*), pourquoi donc la rendre infamante? « *Non pœna sed crimen infamat*, » disait avec sa haute raison la loi romaine; en effet, l'infamie des peines est la plus étrange des contradictions, puisqu'elle tend à flétrir le coupable que l'expiation va s'efforcer de relever et de régénérer par le repentir. Elle est aussi la plus grave des impru-

[1] Le *carcan* n'est maintenu que pour les condamnés à mort avec aggravation.

dences, puisqu'en faisant du libéré une sorte de *paria*, elle l'empêche de se reclasser dans la société, d'y retrouver des moyens honnêtes de vivre; et qu'ainsi, tôt ou tard, à force de misère et d'abandon, elle le rejette infailliblement dans les voies du crime!

Le Code de Bavière a su éviter cette déplorable inconséquence. « Il n'appartient pas à la loi (dit le commentaire officiel) de créer une *infamie juridique* (*juristiche Infamie*) qui anéantirait entièrement l'honneur de l'homme et du citoyen, qui placerait le condamné dans un état de mort civile et politique. Ainsi, malgré sa condamnation, le coupable conservera tous les droits résultant de cet honneur *général*, et rien n'empêchera que, par son repentir et sa bonne conduite, il ne puisse reconquérir l'estime et la confiance de ses concitoyens. La loi se borne à lui enlever l'honneur *privilégié* inhérent à la noblesse ou aux fonctions publiques, honneur dont il s'est lui-même dégradé par son crime. »

Cette incapacité temporaire ou perpétuelle résulte de l'application des peines appelées d'*honneur* (*Ehrenstrafen*).

Il y a de plus trois sortes de peines, que, par opposition aux châtiments afflictifs du corps, de la liberté ou de la fortune, le Code qualifie : *peines humiliantes* (*demultigende Strafen*); ce sont : l'*abaissement de grade* (pour les fonctionnaires); la *rétractation* ou l'*amende honorable*, et la *réprimande judiciaire*.

La rétractation, dont notre Code offre un exemple unique (réparation d'honneur, art. 227), mériterait d'être appliquée à tous les délits de diffamation, d'injure, d'outrage ou de calomnie; car, par sa nature même, elle est évidemment plus propre à réparer le mal causé à la réputation d'autrui que ne sont les peines d'emprisonnement et d'amende.

Quant à la réprimande judiciaire (*admonitio*), je ne puis trop regretter que nous n'ayons pas, comme la Bavière, conservé ce précieux souvenir de notre ancien droit. Nos pères, si sévères à l'endroit des méfaits *vilains et énormes*, avaient compris que chez une nation généreuse, délicate, impressionnable comme la nôtre, on ne pouvait trop abaisser le premier degré de l'échelle pénale, et c'est pour cela qu'en faveur des *légiers délits* ou des *délinquants primaires*, ils avaient imaginé cette pénalité émi-

nemment salutaire et paternelle. Il y a, du reste, dans ce grave et solennel avertissement, quelque chose de si conforme au but élevé de la justice, que, par un généreux excès de pouvoir, nos tribunaux n'hésitent jamais à en faire usage, dans les cas où ils *acquittent* à raison de circonstances atténuantes exceptionnelles, or, dès qu'*en fait* l'avertissement est resté dans nos usages judiciaires, pourquoi ne pas le rétablir au nombre des peines correctionnelles facultatives? On aurait relevé de beaucoup l'autorité des lois pénales, le jour où ce simple blâme de la justice aurait acquis l'efficacité d'un châtiment!...

Parmi les peines de notre ancien droit, le Code de Bavière en a conservé une qui répugne, je l'avoue, à l'extrême susceptibilité de nos mœurs françaises, c'est le *châtiment corporel* (coups de verges infligés sur le dos à nu); mais l'emploi en est tellement limité[1], qu'on serait tenté de l'approuver, même en France, alors qu'on le voit exclusivement réservé : *aux enfants prématurément pervertis* (art. 98 et 99); aux coupables de *viol*, *outrage aux mœurs* et autres *attentats obscènes* (art. 183, 188); aux *vagabonds étrangers* (art. 30); aux *perturbateurs de la paix publique* et *aux émeutiers* (art. 321, 333 et 413)!... Cette application sagement restreinte de la peine corporelle rappelle d'une manière frappante l'article 24 de l'édit de juin 1601, par lequel Henri IV disait : « *N'entendons toutefois que les peines infictives du corps* (les verges) *soient exécutées* SINON SUR PERSONNES VILES, ABJECTES ET NON AUTRES. »

Enfin, aux diverses peines d'incarcération dans les maisons de force et de travail, le Code de Bavière oppose une série correspondante de peines de détention dans une *forteresse*. Ce dernier mode d'expiation est réservé à certaines natures de délit (délits *politiques*, etc.) et à certaines catégories de coupables moins dangereux ou moins pervertis, qu'on ne pourrait sans de graves inconvénients ou sans une rigueur excessive soumettre aux peines ordinaires d'incarcération.

Au moyen de ces nombreuses variétés de châtiment, le législateur est parvenu à rendre l'appropriation de la peine au délit

[1] Quinze cas seulement.

(*die kriminal politik*) infiniment supérieure à celle de notre Code pénal. Aussi cette partie du Code Maximilien a-t-elle été l'objet d'une approbation unanime.

II.

Mais je me hâte d'arriver à des points de comparaison plus généraux et plus caractéristiques.

Ce qui me semble particulièrement distinguer le Code de Bavière, c'est qu'il est à la fois plus PRÉVENTIF, plus HUMAIN, plus RÉPRESSIF, plus MORAL encore que le nôtre ; c'est que plus savamment et plus paternellement rédigé, il parle mieux à l'*intelligence* et au *cœur* des populations; c'est qu'enfin il fait une plus large part à l'*amendement* et au *repentir* des condamnés.

§ 1.

Je n'irai pas jusqu'à prétendre, comme certains publicistes, que nos législateurs de 1810 ne se sont nullement préoccupés de PRÉVENIR le crime.

« Que les crimes soient *prévenus*, disait l'un d'eux (Target), *voilà ce qui est d'une haute importance!* »

Mais la vérité est que cette généreuse pensée apparaît trop peu dans les dispositions du Code. Elle transpire, au contraire, et se révèle partout dans le Code de Bavière. La prévoyance du législateur s'y est ingéniée à punir tous les faits illicites pouvant, d'une façon plus ou moins *prochaine*, tendre à faciliter ou à préparer la consommation des crimes. Prenons pour exemple un des méfaits malheureusement si fréquents : l'*infanticide!* Quel est le premier indice du dessein coupable? *la dissimulation de la grossesse*. Quel est le second indice révélateur de cette pensée homicide? *la dissimulation de l'accouchement*. Or ces actes préparatoires du crime, actes qui, en France, jouissent d'une impunité absolue, le Code bavarois les punit d'une peine spéciale. Ainsi, la loi suit, surveille, menace la mère dénaturée à chaque pas qu'elle fait vers la réalisation de son horrible forfait. Elle va plus loin encore; et comme l'idée d'anéantir le fruit de la conception est presque toujours suggérée ou par l'abandon ou par les conseils de l'auteur de la grossesse, elle frappe *le séduc-*

teur lui-même, toutes les fois que la mère est déclarée coupable d'avortement, de recel de grossesse et d'accouchement ou d'infanticide!

La théorie de la TENTATIVE nous fournit un nouvel exemple de cette prudence préventive du législateur.

En France, la *tentative* de crime est considérée et punie *comme le crime même* (art. 2), parce que, dit-on, l'intention doit être réputée pour le fait. Cette manière, rationnelle et vraie dans le droit canonique, qui s'occupe surtout de l'*intention*, ne saurait l'être, au même degré, dans le droit criminel, qui s'occupe surtout des *faits* et de *leurs conséquences*.

Assimiler ainsi au crime consommé les actes extérieurs qui n'en sont que le commencement, c'est anéantir la notion des crimes qui supposent la réalisation d'un résultat déterminé. Comment pourra-t-on comprendre dans la définition de l'assassinat, la mort de l'homicidé, ou dans le vol, l'appropriation de la chose d'autrui, si la tentative est toujours assimilée au crime même? Comment infliger justement à l'intention manifestée la peine du crime, lorsqu'on ignore si le coupable n'a pas été arrêté au dernier moment par le repentir, par l'effroi de son forfait ou par la crainte de la peine? N'a-t-on pas vu souvent des coupables préparant les plus grands crimes, et y renonçant tout à coup, déterminés par un retour subit vers le bien, ou par la voix de la nature et de la conscience?... Ajoutons que cette assimilation est souverainement impolitique, car il s'ensuit que le criminel, arrivé aux dernières limites de l'exécution, et n'ayant plus rien à gagner par une abstention volontaire, rien de plus à craindre par la continuation de son crime, trouve, dans la rigueur même de la loi, un motif de consommer son dessein coupable, un encouragement à en réitérer la tentative (comm. officiel). »

Le Code de Bavière punit toujours la tentative d'une peine *moindre* que le crime consommé, et à l'aide de la judicieuse distinction qu'il fait de la tentative *prochaine* et de la tentative *éloignée*, il s'efforce de prévenir le crime, en frappant d'une peine tous les actes *préparatoires* qui, de près ou de loin, peuvent concourir à sa consommation définitive.

De même, le COMPLICE est frappé d'une peine *moindre* que

l'auteur principal. Cette différence légale de peine permet au législateur d'atteindre, dans leurs variétés infinies, les actes d'auxiliation. Elle a, *de plus*, l'avantage de rendre plus difficile l'association et l'entente entre des malfaiteurs qui, participant au même crime, n'encourent pas les mêmes risques de répression.

Après avoir sur ces deux points capitaux (tentative et complicité), opposé aux malfaiteurs l'obstacle permanent de ces savantes combinaisons pénales, le législateur fait au public entier l'honneur de l'associer à l'œuvre nationale de la prévention des crimes. « Tout citoyen, dit-il, en présence de qui un crime ou délit est *préparé* ou *commencé*, ou qui sait que ce méfait *doit se commettre*, EST TENU DE L'EMPÊCHER, soit par tous les moyens dont il dispose, soit par une *dénonciation immédiate* à l'autorité. Quiconque manque à ce devoir civique, sera puni de la *réprimande publique* ou de l'emprisonnement d'un jour à un mois [1]. »

Y a-t-il une disposition plus raisonnable et plus juste?... Le citoyen qui, pouvant empêcher un crime, s'abstient, ne s'en rend-il pas le complice moral? ne viole-t-il pas son plus saint devoir envers la société? Notre Code reste muet à l'endroit de cette lâche abstention. La réforme de 1832 a même été jusqu'à supprimer la peine qu'infligeait le Code impérial à la *non-révélation* des attentats préparés *contre la sûreté de l'État!* comme si l'État, ce n'était pas la patrie, et comme s'il pouvait jamais être permis de ne pas révéler les complots tramés contre le repos du pays! O réformateurs imprudents qui avez ainsi abrogé, *au profit des conspirateurs*, l'antique maxime tutélaire des sociétés : *Salus populi suprema lex!*

§ 2.

On comprend que plus le législateur s'est efforcé de prévenir le crime, plus il peut sans danger se montrer HUMAIN dans la répression. Aussi les pénalités du Code de Bavière sont-elles sans

[1] Cette disposition rappelle l'antique loi d'Égypte que nous a conservée Diodore de Sicile, et qui imposait aux citoyens l'obligation d'*empêcher le crime* : « *Si opem ferre non posset, rem deferre ad judices et injuriæ auctorem accusatione persequi jubebatur. Quod facere si neglexisset, plagis mulctabatur et triduum carebat cibo.* » (Diod. Sic., l. 2.)

comparaison plus douces que celles prononcées même par notre Code revisé.

Par exemple, l'incendie des lieux non habités, la fausse monnaie, la contrefaçon des sceaux de l'État, le meurtre joint à un délit (sans relation de cause à effet), le vol avec cinq circonstances aggravantes, etc., que le Code de 1810 punissait de *mort*, n'y encourent même pas l'incarcération perpétuelle.

Ainsi, cette dernière peine elle-même (*travaux forcés à vie*) que nous appliquons encore à *quarante* faits qualifiés crimes, n'y est prononcée que dans *neuf* cas.

Ainsi, l'infanticide, puni chez nous de la peine suprême, n'y est passible (hors le cas de récidive) que de la maison de force à temps *indéterminé*, sorte de peine intermédiaire entre les fers à vie et la détention à temps *déterminé*.

Ainsi, le meurtre simple, le faux en écriture publique, la fausse monnaie, etc., que nous punissons de peines *perpétuelles*, n'emportent que des peines *temporaires* au minimum de huit années.

La pénalité des délits y est aussi généralement moins sévère, puisque l'emprisonnement ne peut excéder *deux années* et l'amende 300 florins (600 fr.).

A côté de la mansuétude relative des peines, figurent des dispositions empreintes de ce sentiment éclairé d'humanité qui commande le respect des lois pénales. Je citerai entre autres l'article 104, que je voudrais voir inscrit dans le Code de toutes les nations civilisées.

« Lorsque la détention *préventive* se sera prolongée au delà de six mois, *sans la faute du prévenu* (*inquisite*), le juge devra déduire de la peine encourue le temps de la détention indûment subie, et cette détention équivaudra à la peine elle-même, si elle est d'une égale durée. » La justice, dit le commentaire officiel, exige qu'on tienne compte au coupable de ce surcroît immérité de souffrance, et c'est pour cela qu'on en a fait une cause *légale* d'atténuation de la peine.

Bien plus : si cette détention préalable, soufferte à tort, s'est prolongée *deux années*, elle a pour effet d'empêcher l'application de la peine capitale, laquelle est alors commuée en détention

perpétuelle ou à temps indéterminé (art. 105). — Le législateur a compris tout ce qu'il y a d'anxiétés cruelles, de poignantes douleurs dans l'attente prolongée du jugement, et par une pensée de commisération généreuse, il assimile cette longue torture morale à la réalité même du supplice!

La prévoyante sollicitude de la loi s'étend même aux familles des condamnés, pour lesquelles trop souvent la répression est une cause indirecte de misère et de ruine. « Lors, dit l'article 30, que la peine d'emprisonnement peut, *par sa durée, compromettre la profession qui fait vivre le condamné ou l'entretien et les ressources de sa famille*, l'emprisonnement sera ABRÉGÉ à l'aide des aggravations susénoncées [1]. »

Mais c'est peu d'avoir ainsi garanti la subsistance de ces innocentes familles, la loi prend soin, par une disposition *spéciale*, de les protéger contre tous *outrages* dont elles pourraient être l'objet à raison du crime d'un de leurs membres.

« Quiconque reprochera aux parents non coupables ou à l'époux d'un accusé ou d'un condamné le crime dont il est inculpé ou la peine dont il a été frappé, ou qui, à raison de ces faits, leur témoignera du mépris par paroles, actions ou de toute autre manière, sera puni de huit à quatorze jours de prison. »

§ 3.

« L'efficacité de la peine, disait *Target*, se mesure moins sur la rigueur que sur la crainte qu'elle inspire; et cette crainte est proportionnée à la *certitude* de la peine plus qu'à sa sévérité. » Cet axiome pénal explique comment il se fait que le Code de Bavière, si admirable de douceur et d'humanité, n'en a pas moins une action RÉPRESSIVE très-énergique [2]. La peine y est certaine à deux titres : parce qu'elle est déterminée dans les limites d'un maximum et d'un minimum *infranchissables;* parce que dans l'étendue même de ce pouvoir discrétionnaire, le juge ne peut l'arbitrer au gré de son *bon plaisir;* mais doit-il châtier le coupable en raison de sa culpabilité individuelle, en suivant

[1] Coucher sur une planche nue, privation de viande ou de nourriture chaude.
[2] C'est au point qu'un certain nombre de criminalistes trouvent encore sa sévérité *exagérée*.

scrupuleusement les prescriptions légales des articles 90 à 95?

Ces articles portent en substance :

« La criminalité s'ÉLÈVE d'autant plus que le coupable *avait plus de motifs d'observer la loi; qu'il a violé des devoirs plus nombreux et plus impérieux; qu'il a employé plus d'audace, d'intelligence, de ruse, de force physique pour préparer ou accomplir le crime; qu'il a été moins entraîné, égaré ou séduit; qu'il est plus démoralisé et habitué au crime; qu'il a obéi à des penchants plus pervers et plus dangereux* (art 90, 91, 92).

» Au contraire, la criminalité est légalement DIMINUÉE si le coupable *a peu d'instruction; s'il est faible d'intelligence; s'il a été poussé par des suggestions ou promesses artificieuses, par la misère ou par toute autre nécessité pressante; s'il a agi par un mouvement irréfléchi, spontané; par l'effet d'une circonstance imprévue et inopinée; sous l'empire de la passion ou dans un moment de trouble intellectuel; s'il a de bons antécédents; s'il a lui-même volontairement restreint le dommage causé; s'il s'est spontanément efforcé d'empêcher les conséquences du crime ou d'en réparer les effets; s'il s'est livré à la justice; si avant son troisième interrogatoire, il a sincèrement avoué son crime; enfin s'il a révélé les complices encore inconnus* (art. 93 et 94). »

A-t-on jamais, je le demande, résumé d'une façon plus précise, plus scientifique, plus morale, la vraie théorie des circonstances *aggravantes* et *atténuantes*? Guidé par cette lumineuse formule, le juge élève ou abaisse la peine dans les limites de la latitude légale. La certitude de la répression est ainsi garantie par l'inflexibilité du *minimum;* sa juste mesure, par l'obligation de *préciser* les circonstances qui *motivent* la rigueur ou l'indulgence de la peine.

Le recours au droit de grâce est ouvert pour tous les cas où, par suite de circonstances atténuantes *extraordinaires*, il y a lieu d'abaisser la peine au-dessous du minimum.

Ce système, le seul qui soit sérieusement intimidatif et répressif, était à peu de chose près celui du Code impérial de 1810 [1]. La réforme de 1832 l'a complétement énervé, en

[1] Car la peine ne pouvait être abaissée au-dessous du minimum que dans les cas rares où le préjudice causé ne dépassait pas 25 francs.

livrant, par l'art. 463, la répression, *même en cas de récidive*, à tous les hasards, à toutes les inégalités, à toutes les faiblesses de l'arbitraire d'indulgence le plus illimité [1].

§ 4.

Nous avons déjà fait remarquer la pensée de haute MORALITÉ qui domine toutes les théories générales du Code bavarois; cette pensée se révèle plus clairement encore dans les dispositions de détail.

Ainsi la *prescription de la peine* qui, chez nous, n'est soumise qu'à la seule condition du temps, repose ici sur une idée éminemment morale : la présomption du repentir. Le bénéfice légal de l'impunité n'est assuré au coupable qu'autant que, pendant tout le temps exigé pour prescrire la peine, il *n'aura encouru aucune autre condamnation*, et qu'il *aura fait preuve d'une bonne conduite soutenue* (art. 139).

De même, la récidive a pour base non l'*identité matérielle* des condamnations subies, mais le principe infiniment plus moral de l'*homogénéité* entre la première et la seconde infraction.

Autre exemple : Nous punissons l'adultère de la femme *d'emprisonnement*, celui du mari n'est puni qu'au cas d'entretien d'une concubine au domicile conjugal, et encore n'encourt-il qu'une *simple amende*. Le Code de Bavière, plus juste punit l'adultère du mari *dans tous les cas*, et il lui inflige une peine de *même nature* (un à trois mois de prison). J'ajoute que par une distinction profondément morale, l'adultère *double* (entre homme marié et femme mariée) y est l'objet d'une peine plus sévère (art. 403).

Enfin le Code de Bavière, plus large que le nôtre à l'égard de certains méfaits [2], se montre beaucoup plus rigoureux dans la répression des atteintes aux lois éternelles de la morale. Il punit même plusieurs faits de cette nature à l'égard desquels on

[1] *V.* mon *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 275 à 327.

[2] Par exemple, l'évasion du détenu, même avec *bris de prison*, n'est nullement punie. La liberté étant un droit naturel, le législateur a pensé que le désir de la recouvrer ne pouvait être réputé délit, à moins qu'il ne se traduisît par des actes de violence envers les personnes.

s'étonne que notre Code ne prononce aucune pénalité quelconque.

Je citerai, entre autres, les justes peines édictées contre la séduction à l'aide d'une promesse de mariage non réalisée; contre l'époux qui abandonne son conjoint; contre les parents qui abusent de l'autorité paternelle pour contraindre leurs enfants au mariage; enfin contre tous ceux qui, *par fraude (dolo malo)* ont porté préjudice à autrui.

Parmi les divers cas de fraude qu'énumère l'article 265, j'en remarque un que nous n'avons songé à punir que l'an dernier, c'est celui *des marchands, épiciers, boulangers, brasseurs, pharmaciens, etc., qui* FALSIFIENT *les aliments à l'aide de substances nuisibles ou qui vendent des substances falsifiées ou corrompues.*

Cette citation, choisie entre mille, suffirait seule pour faire comprendre à nos légistes français l'extrême utilité des études de droit comparé. Elle prouve en effet que le genre si odieux de fraude, qui a motivé la loi du 17 mars 1851, se trouvait *littéralement* prévu dans le Code de Bavière de 1813; d'où la conséquence frappante que nos législateurs eussent pu, par un simple emprunt, enrichir depuis quarante ans notre Code de cette salutaire disposition, et éviter ainsi une partie des plaintes et des calamités auxquelles a donné lieu la longue impunité de ces frauduleuses falsifications.

§ 5.

Mais ce n'est pas assez qu'une législation pénale soit prudente, humaine et morale; il faut encore qu'à la fermeté répressive envers le crime, elle allie la MISÉRICORDE envers ses condamnés; (*justicia et misericordia co-ambulent!*) il faut qu'elle sache faire une large part à l'amendement et au repentir (*pœna constituitur in emendationem hominum*).

Sur ce point encore nous sommes forcés de constater la supériorité relative du Code de Bavière.

Nous l'avons vu mettre l'*aveu*, *la constitution volontaire du coupable*, *la réparation spontanée du dommage*, au nombre des circonstances légalement *atténuantes*. Or, dans certains cas

spéciaux, ces circonstances sont prises en telle considération qu'elles ont pour résultat d'abaisser la peine au-dessous du minimum, ou d'en changer la nature, ou de la supprimer complétement.

« Celui, dit l'article 227, qui, après avoir commis un vol simple ou qualifié, de première ou deuxième classe, se sera *volontairement* constitué prisonnier avant toutes poursuites, et qui restituera l'objet volé ou sa valeur, ne sera passible, au premier cas, que de huit jours à trois mois de prison [1], au second cas, que de six mois à un an de la même peine [2]. »

« L'incendiaire, dit l'art. 253, qui, *touché par le repentir*, enlève ou détruit les matières inflammables, avant l'explosion de l'incendie, n'est soumis à *aucune* peine criminelle. » Cette tentative, qui devrait être punissable d'après l'article 60, est couverte et amnistiée par le seul fait du repentir du coupable.

Le même sentiment de miséricorde préside à bien plus forte raison à l'expiation des peines, et ne cesse d'offrir aux condamnés *repentis* les consolantes perspectives de la libération.

Voici à ce sujet une admirable disposition qui semble avoir servi de modèle [3] à la célèbre ordonnance du 6 février 1818, rendue par le roi Louis XVIII, sur le rapport du ministre de la justice *Pasquier* [4].

« La condamnation à temps *indéterminé* laissera au condamné l'espoir de mériter sa libération définitive, lorsqu'il aura fait preuve d'une amélioration réelle; et notamment, s'il a montré pendant *dix années* non interrompues une application remarquable au travail, s'il n'a encouru aucune punition pour actes de méchanceté ou de désobéissance, s'*il a donné des gages irrécusables de réforme morale*, il pourra obtenir sa grâce après avoir subi seize années de peine (art. 12).

[1] Art. 215.

[2] Art. 220.

[3] Cette ordonnance, expliquée par une circulaire du garde des sceaux *Portalis*, statue que les magistrats ne devront porter sur leurs listes de grâces, savoir : les condamnés à temps, que lorsqu'ils auront subi *la moitié* de leur peine; — les condamnés à perpétuité, que lorsqu'ils auront subi *dix ans* au moins de leur peine; et que tous devront *avoir fait preuve d'un repentir bien constaté* et *d'une bonne conduite soutenue.*

[4] Le chef de la division des grâces au ministère de la justice était alors un de nos plus éminents criminalistes, *Légraverend.*

« Les condamnés pour un temps *déterminé* (huit à vingt ans) pourront abréger la durée de leur peine, en remplissant les conditions *de réformation morale* prescrites par l'article 12; mais cette grâce ne pourra être proposée qu'après l'expiration des *trois quarts* de la peine (art. 13). »

Ainsi tous les condamnés, même ceux qui, pour crimes graves, ont encouru la peine de la maison de force à temps indéterminé, ont entre leurs mains le pouvoir de se gracier en quelque sorte eux-mêmes, par leur repentir et leur bonne conduite soutenue.

Inutile de dire qu'en dehors de ces primes d'encouragement accordées par la loi pénale, le pouvoir souverain de grâce s'étend, comme en France, à tous les condamnés quel que soit leur crime.

Je termine par une citation que je ne puis trop recommander à l'attention éclairée du gouvernement.

Autrefois le juge, en condamnant le coupable, lui faisait *défense de récidiver sous plus grève peine*. Le Code de Bavière a consacré cette *bonne coustume* de nos pères, il l'a seulement améliorée.

Ce n'est plus au jour du jugement, c'est au moment même de la libération définitive, alors que le condamné est tout impressionné encore par l'étreinte afflictive du châtiment, qu'il lui adresse, par la bouche du magistrat, une solennelle et énergique recommandation de ne pas retomber dans le même méfait.

« Tout condamné, dit-il, avant sa mise en liberté définitive, devra être instruit d'une façon précise et énergique des conséquences légales qu'il doit s'attendre à subir à la première rechute dans le même crime ou délit. »

Ainsi averti, le condamné ne peut plus *en ignorer*, suivant l'expression de nos vieux auteurs, et s'il ose ce nonobstant récidiver, il assume à l'avance sur sa tête les justes sévérités réservées à la récidive.

Tels sont et l'esprit général et le caractère définitif des dispositions du Code de Bavière.

A part l'intérêt particulier qui s'attache à une œuvre législative que Mittermaier appelle *le résumé de la science contemporaine*, on a pu remarquer combien, soit dans son ensemble, soit dans ses divisions, le Code bavarois offre des points de similitude et de concordance avec notre Code impérial de 1810.

A ce double titre, l'étude approfondie de cette théorie pénale étrangère ne peut manquer de fournir les plus précieux éléments de discussion et de progrès pour la prochaine réformation de nos lois criminelles et pénitentiaires.

Je serais heureux si, par cette rapide ébauche, j'avais pu, sinon donner une idée suffisante de ce remarquable document pénal, du moins inspirer à quelques lecteurs sérieux le désir de le consulter, car il n'a besoin que d'être connu pour obtenir en France la juste célébrité dont il jouit dans toute l'Allemagne.

BONNEVILLE.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

TRAITÉ DES SERVITUDES D'UTILITÉ PUBLIQUE, par M. JOUSSELIN, avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

Les lecteurs de la *Revue* connaissent depuis longtemps M. Jousselin, qui a bien voulu enrichir ce recueil de si remarquables articles sur le droit administratif; ils ont déjà pu apprécier, dans les courtes études que nous avons publiées, le savoir de notre estimable confrère, la sûreté de sa méthode dans l'exposition des principes du droit, de son jugement dans la déduction de leurs conséquences, de sa logique dans la discussion des difficultés qui hérissent la matière, et enfin la netteté et l'élégante simplicité de son style. Toutes ces qualités qu'il sait y révéler, quelque restreint que soit le cadre de pareils travaux, l'auteur les déploie avec bien plus d'ampleur encore dans son traité; il se sent plus à l'aise dans ce champ plus vaste; ses forces s'accroissent en proportion de l'étendue de la carrière, et il donne ainsi à son talent tout le développement qu'on est en

droit d'attendre de lui. Aussi, pour les lecteurs de la *Revue*, le titre seul de l'ouvrage et le nom du jurisconsulte sont des garanties suffisantes; ils sont de sûrs gages de succès, et aucun d'eux ne sera surpris de nous entendre proclamer tout d'abord que le *Traité des servitudes d'utilité publique* est un des meilleurs que nous connaissions sur le droit administratif. A nos yeux, il doit assigner à M. Jousselin une place parmi les maîtres de la science à côté des de Gérando, des Vivien, des Serrigny, et nous ne craignons pas que ceux qui liront ces lignes et entreprendront, sur notre recommandation, l'étude de cet excellent livre, regrettent les instants qu'ils y consacreront, s'inscrivent en faux contre l'éloge sans réserve que nous sommes heureux de pouvoir lui donner, et nous accusent de nous laisser aveugler par l'estime et l'affection que mérite à tant d'égards notre bon confrère.

Un des membres les plus éminents de l'ancien Conseil d'État nous faisait un jour l'honneur de nous dire que les avocats, portés par l'exercice même de leur profession à se préoccuper sans cesse du respect dû aux intérêts particuliers, ont peine à se placer au vrai point de vue sous lequel il faut envisager les questions de droit administratif; qu'ils sont enclins à ne point tenir assez de compte des intérêts publics, qui doivent cependant toujours dominer, et que c'est peut-être à cette cause qu'il faut attribuer la difficulté qu'ils éprouvent à bien traiter ces matières et la rareté des ouvrages remarquables sur cette branche de la science. Certes il n'adresserait pas ce reproche à M. Jousselin. Sans sacrifier inutilement les intérêts particuliers, M. Jousselin ne détourne jamais son regard de l'intérêt supérieur de l'État; dès qu'il y a conflit entre eux, il ne balance pas à se prononcer pour le dernier. Élever l'intérêt et le droit de tous au-dessus de l'intérêt et du droit de chacun, tel est le principe qu'il a pris pour guide, la bannière qu'il a arborée; c'est pour faire triompher cette doctrine si essentiellement sociale qu'il a entrepris son ouvrage; chaque page en est la confirmation; chaque solution en offre une application. Il a donc su se garder de cet écueil où viennent presque toujours échouer les membres du barreau militant. Si quelque critique pouvait être dirigée contre lui, ce se-

rait plutôt en sens inverse ; peut-être trouverait-on dans ses deux volumes deux ou trois discussions dans lesquelles on serait fondé à lui reprocher d'avoir exagéré un peu au delà du nécessaire le droit de l'administration, et d'être tombé dans le défaut ordinaire aux administrateurs qui écrivent, celui d'oublier quelquefois la juste protection des intérêts du citoyen vis-à-vis de l'État. Mais disons-le de suite, en général, il a réussi à les concilier en faisant à chacun d'eux sa part de faveur et en laissant toutefois au principe qu'il adoptait toute sa souveraineté.

Le traité de M. Jousselin embrasse toutes les modifications apportées par les lois et les règlements à la propriété immobilière en faveur de l'utilité publique. Le sujet est donc bien nettement circonscrit. C'est là un premier mérite, et un mérite plus grand qu'on ne serait tenté de se l'imaginer. En l'absence de toute codification, rien n'est plus confus que le droit administratif : il se compose d'un amas de monuments de toute nature et de tous les temps ; lois, ordonnances ou décrets, règlements divers, édits, déclarations, arrêts, qu'ils émanent du pouvoir législatif, exécutif ou même quelquefois judiciaire, du gouvernement central ou des autorités locales, à quelque date enfin qu'ils remontent, tous ces documents subsistent à côté les uns des autres, se modifiant, se complétant ou se détruisant, s'accordant ou se combattant ; tous réclament encore aujourd'hui l'obéissance, et les plus habiles hésitent bien souvent et ne savent si elle leur due ou leur doit être refusée. Ils ne trouvent même pas un guide sûr dans la jurisprudence qui, sur plus d'une question, n'hésite pas moins que la doctrine ; et, grâce à ses retours, fournit des armes aux opinions contradictoires qui sont en présence. Dans un pareil chaos, ce n'est pas chose facile que de choisir un sujet, de le délimiter d'une manière exacte et de parcourir la voie qu'on s'est tracée sans jamais se laisser détourner et sans s'égarer dans des matières plus ou moins voisines de celle qu'on s'est proposé d'éclaircir. Il s'offre sans cesse des occasions de sortir de son plan, et rien n'est plus aisé que de parler de tout à propos de chaque objet. Il faut que la pente soit bien glissante, puisque le législateur lui-même n'a pas toujours réussi à s'y maintenir fermement et qu'il lui est arrivé

plus d'une fois, comme par exemple dans la loi du 16 septembre 1807 sur les desséchements de marais, de s'occuper de bien d'autres choses que de ce qu'annonce le titre.

M. Jousselin a su se prémunir contre le danger ; il a pris soin de renfermer ses études dans des bornes certaines, de diriger toutes ses investigations vers un but unique, de telle sorte que le titre seul de son livre frappe l'esprit du lecteur d'une idée parfaitement complète par elle-même, et suffit à lui indiquer avec une entière précision tout ce qu'il doit espérer d'y rencontrer, et en même temps ce qu'il doit s'abstenir d'y chercher. Les modifications subies par la propriété immobilière en faveur de l'utilité publique, voilà ce que l'auteur s'engage à nous faire connaître, et pour tenir sa promesse, il doit en dérouler à nos yeux toute la série, mais sans rien y mêler d'étranger.

C'est là ce que fait aussi M. Jousselin ; il évite avec une égale attention les omissions et les superfluités, il s'interdit sévèrement toute excursion en dehors du cercle qu'il s'est décrit. Dans l'examen d'une loi, il élague tout ce qui ne touche pas aux servitudes d'utilité publique. Aussi son ouvrage est-il complet sans confusion, et l'on est assuré de le feuilleter avec fruit et sans perte de temps. L'ordre adopté par l'auteur répand d'ailleurs dans son traité beaucoup de clarté et ajoute encore à cette précision remarquable qui naît de l'heureux choix du sujet. Il le partage en effet en un petit nombre de titres qui embrassent les grandes divisions de la matière. Dans le premier, qu'il intitule titre préliminaire, il expose les principes qui dominent toutes les différentes servitudes d'utilité publique ; dans chacun des autres, il les classe par catégories d'après l'intérêt qui a présidé à leur création. Ainsi, dans l'un d'eux, il passe en revue les modifications apportées à la propriété immobilière en faveur de la sûreté, de la santé et de la salubrité publiques, et il fait rentrer sous cette rubrique les mesures prises soit pour prévenir les incendies ou les inondations, soit pour arriver au desséchement des marais, à la fixation des dunes, à l'irrigation des terres, soit pour réglementer la chasse ou la pêche, soit pour assurer la conservation et le bon emploi des eaux minérales, etc... De cette façon, chaque objet trouve naturellement

sa place, rien n'est plus aisé pour le lecteur que de la découvrir, et il n'est point exposé à faire fausse route dans ses recherches. Le nombre des titres de l'ouvrage est de sept seulement, et ils se rapportent, le premier aux nécessités de la défense militaire de l'État; le second, à la sûreté, la santé et la salubrité publiques; les troisième et quatrième, aux richesses forestières et souterraines; le cinquième, aux besoins de la voirie; le sixième, aux travaux publics, et enfin le septième à l'intérêt financier du trésor, qui, grâce à Dieu, ne détermine plus aujourd'hui qu'une seule restriction à la propriété des immeubles, la prohibition de cultiver le tabac maintenue pour rendre plus facile le recouvrement de l'impôt. Dans ce petit nombre de divisions, tout est compris, et aucune des servitudes d'utilité publique ne nous paraît avoir échappé à l'examen de l'auteur. Ce n'est pas d'ailleurs sans choix et au hasard qu'il a assigné à ces titres leur rang entre eux; la lecture de la préface nous montre assez qu'il a consulté la logique même dans cet arrangement en apparence si indifférent, et qu'il a voulu faire sentir jusque-là la puissance du principe dominant de l'intérêt de l'État; car il a donné le pas à la classe des servitudes qui intéresse de plus près la société, et c'est par cette même considération qu'il s'est toujours décidé jusqu'au dernier titre.

On voit quelle sévère méthode M. Jousselin a suivie dans le plan et la combinaison de son ouvrage. Il ne l'a pas négligée dans l'exécution, et à ces deux mérites d'un sujet bien choisi et rigoureusement délimité et d'une distribution claire et logique des matières, il en joint un troisième qu'il doit encore à cette précieuse qualité de son talent, c'est celui d'une exposition brève et nette. Il a évité une seconde fois, en écrivant, l'écueil dont il s'était préservé déjà en concevant l'idée de son livre; après avoir écarté de son plan tout ce qui ne rentrait pas dans son sujet, il a su encore, dans l'exécution, rejeter tous les détails qui auraient détourné l'attention du lecteur, obscurci les principes et compliqué leur étude; il fuit la prolixité et la minutie, il s'abstient des longues discussions, il ne s'attache qu'aux considérations vraiment essentielles. Aussi on compterait vainement trouver dans ce traité l'indication et la solution de toutes les pe-

tites questions que peut soulever la pratique journalière des affaires. L'auteur nous met sous les yeux les principes, il en fait ressortir l'importance, mais il ne s'arrête pas aux espèces. C'est au lecteur, quand s'élèvent les difficultés, à comparer entre eux les intérêts divers qui sont en conflit, à peser l'influence que doivent exercer les circonstances particulières de la cause et à modifier plus ou moins, d'après ces éléments, l'application des principes. L'auteur ne nous trace que les règles principales; il laisse à l'intelligence de ceux qui le consultent le soin de démêler si elles ne doivent pas, en raison des faits exceptionnels du procès, fléchir quelque peu et céder pour une fois devant un principe supérieur. Sans doute les personnes, s'il en est, qui considèrent les livres les plus longs comme les meilleurs, pourraient désirer quelque chose dans le traité de M. Jousselin; mais ceux qui regardent comme un danger l'excès de développement et préfèrent à la longueur et à la multiplicité des détails, les qualités solides de pensée et de style, la maturité, la logique, la puissance d'analyse et de synthèse, ces esprits sérieux, disons-nous, lui sauront gré de n'avoir pas étouffé sous un entassement de vaines discussions et d'explications puériles la belle et large exposition de principes qu'il nous a donnée.

Cette rigueur de méthode qui a inspiré l'auteur dans la conception et la composition de son traité n'a pas seulement pour résultat d'y jeter une vive lumière; elle lui imprime en outre un caractère d'unité qu'il est peut-être encore plus difficile d'atteindre en droit administratif que la clarté. Depuis la première jusqu'à la dernière page, on sent partout la présence de ce principe, que l'intérêt privé doit plier devant l'intérêt public. C'est de ce principe que découlent toutes les règles; c'est par son autorité que se tranchent toutes les questions. L'objet de l'ouvrage entier, comme nous l'avons dit, semble être uniquement de le faire prévaloir.

Tel est l'ensemble du *Traité des servitudes d'utilité publique*; telles sont les qualités éminentes que révèle la lecture de ce livre. Si l'on descend ensuite au détail, on trouvera encore une large part à faire à l'éloge, et la critique ne rencontrera que de bien rares occasions de s'exercer. On pourrait cependant s'é-

tonner de voir l'auteur assigner, dans le droit naturel, un autre caractère à la propriété des mines qu'à celle du sol. La propriété du sol dérive de l'occupation, de la création d'une valeur là où la terre infertile a été fécondée par le travail de l'homme. C'est là, M. Jousselin le proclame avec les philosophes et les jurisconsultes les plus graves, l'origine et la légitimation de la propriété à sa formation première. Mais s'il en est ainsi (et nous ne prétendons nullement le contester), comment se fait-il que de droit naturel les mines n'appartiennent pas au premier occupant, comme le soutenait Turgot, mais bien à l'État, à la société? Pourquoi le travail, la création d'une valeur, causes primitives de la propriété du sol, sont-ils sans influence lorsqu'il s'agit d'une mine? Sur quel fondement repose cette différence établie par l'auteur entre l'attribution des richesses du sol et des richesses souterraines au détriment du producteur de ces dernières? Que les lois civiles aient adopté un sage principe en ne fixant pas sur la tête de l'inventeur la propriété des mines, nous sommes loin de le nier; mais il a dérogé en cela au droit naturel qui nous paraît sanctionner d'une manière absolue le privilége du travail et de la création, et nous n'en voulons d'autre preuve que l'indemnité imposée par le législateur aux concessionnaires en faveur de l'inventeur dépossédé.

Mais en général nous ne saurions trop applaudir au soin avec lequel notre confrère a traité chaque partie de son œuvre. La logique lui sert toujours d'un flambeau à l'aide duquel il éclaire soit l'application des principes dominants à tous les détails de la matière, soit l'explication des textes souvent obscurs ou même peu concordants entre eux. Citons, puisqu'il faut choisir, le titre préliminaire, si remarquable par la généralisation des idées communes à toutes les servitudes d'utilité publique et qui suffirait presque seul à la solution de toutes les difficultés, et ceux consacrés aux mines, aux travaux publics et à la voirie, que l'auteur semble avoir approfondis d'une manière toute spéciale, et dans lesquels il fait briller surtout le talent d'être court tout en étant complet, de rester clair sans être superficiel.

En somme, l'ouvrage de M. Jousselin le place dans un rang fort honorable parmi les jurisconsultes distingués de notre épo-

que. Ajoutons que le sujet touchait par un côté au domaine de la philosophie, puisque les servitudes d'utilité publique mettent en conflit le droit absolu de propriété et le droit supérieur à tous les autres de la société; on est ainsi naturellement amené à rechercher quelle est l'essence du premier et quelles limites il doit souffrir en présence du second. L'auteur s'est donc trouvé obligé de faire quelques excursions dans cette sphère élevée, et il y a fait preuve d'un esprit non moins ferme et non moins libéral que dans le cercle du droit pur. Son livre s'ouvre par une belle théorie de l'union indissoluble de la liberté et de la propriété, qui n'en est qu'une émanation, et on est heureux de voir de pareilles doctrines défendues par les âmes d'élite dans un temps où il se rencontre tant de sophistes qui croient se faire honneur et s'efforcent de se donner de l'importance en attaquant la propriété, et un nombre plus grand encore de cœurs timides trop disposés à condamner la liberté. M. Jousselin n'écoute au contraire que les inspirations de la raison, et il pose la liberté et la propriété comme les deux bases inébranlables de la société.

Depuis que ce traité a été livré au public, il est intervenu, à la date du 25 mars dernier, un décret qui opère de graves modifications dans le mécanisme de l'administration et transporte aux préfets une portion des attributions réservées jusqu'alors au pouvoir central. M. Jousselin indiquera sans doute dans un appendice les changements que ce décret accomplit dans le régime des servitudes d'utilité publique; c'est un complément indispensable à son ouvrage. Nous espérons bien ensuite qu'il ne se tiendra pas quitte envers le public; l'accueil que son livre a reçu des jurisconsultes doit l'encourager à publier d'autres travaux; il ne peut se refuser à nous faire profiter des documents précieux qu'il a recueillis sur les diverses parties du droit administratif et qu'il sait mettre en œuvre avec tant de méthode et de talent. Le succès de son premier traité lui est un sûr garant du succès de ceux qui suivront : il lui crée envers ses lecteurs des obligations qu'il est de son honneur de remplir.

FL. MIMEREL.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de juin 1852.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres.

SOMMAIRE.

1. *Enfant naturel; maternité; possession d'état; reconnaissance; succession.* — L'indication de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel suffit-elle pour prouver la maternité, lorsque la mère a avoué plus tard cette maternité en traitant l'enfant comme sien?
2. La possession d'état est-elle un moyen légal d'établir la filiation naturelle?
3. La reconnaissance d'un enfant naturel peut-elle être faite après son décès par sa mère, comme moyen de recueillir la succession?
4. La mère qui, à défaut d'une reconnaissance légale, ne peut venir comme héritière à la succession de son enfant naturel prédécédé, a-t-elle, au moins, sur cette succession, une créance à raison des dépenses par elle faites pour l'entretien et l'éducation de cet enfant?
5. *Don rémunératoire; médecin; qualification; remise de dette; obligation naturelle.* — Est-il nécessaire, pour que le legs fait à un médecin par le malade soigné par ce médecin dans la dernière maladie puisse être considéré comme rémunératoire dans le sens de l'article 909, qu'il soit qualifié tel dans le testament?
6. La restitution, sous forme de legs, d'une chose due en vertu d'une obligation naturelle, est-elle atteinte par la disposition prohibitive de l'article 909, alors qu'elle est faite par le testateur au médecin qui l'a soigné pendant la dernière maladie?
7. *Communauté; récompense; prix de vente.* — L'époux dont le propre a été aliéné, et qui a droit de ce chef à une récompense, peut-il être admis à prouver par témoins ou toutes autres voies de droit, que le prix véritable a été dissimulé?
8. Ce droit existe-t-il, même dans le cas d'aliénation d'un propre du mari?
9. *Communauté; renonciation; inventaire.* — Dans le cas où la dissolution de la communauté s'est opérée par le prédécès de la femme, les héritiers de celle-ci peuvent-ils renoncer à la communauté sans avoir préalablement fait faire inventaire?

1. — (Paris, 26 avril 1852; *J. P.*, 1852, 2, 609.) — Dans un arrêt en date du 10 mai 1851, la Cour de Paris avait déclaré que quand l'enfant naturel peut invoquer tout à la fois un acte de naissance et une possession d'état conforme à sa prétention, sa filiation trouve, dans la réunion de ces deux éléments, une

preuve contre laquelle nulle contestation n'est admissible (*J. P.*, 1851, 1, 493). Sans nous associer en tout aux critiques dont cet arrêt a été l'objet dans cette *Revue* (*V.* t. I, p. 645 et suiv.), nous reconnaissons, avec notre collaborateur, M. Marcadé, et par les mêmes motifs; que la décision n'en est rien moins que juridique, et nous avions toujours pensé que, le cas échéant, la Cour de Paris ne voudrait pas persister dans une doctrine qui, faisant participer la filiation naturelle au bénéfice de l'article 322 C. Nap., écrit évidemment en vue de la filiation légitime, supposait que la filiation naturelle peut être prouvée non-seulement par la possession d'état, ce qui est déjà un point fort controversé, mais encore par l'acte de naissance, ce qui est inadmissible, l'acte de naissance n'étant même pas, dans l'esprit de la loi, un commencement de preuve par écrit de la filiation naturelle.

Voici, en effet, une espèce dans laquelle la Cour de Paris, statuant sous la présidence de M. le premier président Troplong, a rendu un arrêt qui condamne ce dangereux précédent.

Un enfant du sexe masculin, né à Paris sur le neuvième arrondissement, a été inscrit sur les registres de l'état civil comme enfant de la demoiselle F... et d'un père inconnu. Il était constant et non dénié que cet enfant avait reçu pendant tout le cours de sa vie les soins maternels de la part de ladite demoiselle, avec laquelle il avait toujours habité; qu'il avait été considéré comme son fils naturel par la notoriété publique, et qu'il avait porté publiquement le nom de sa mère. Cet enfant étant décédé légataire d'une somme de 2.000 fr. à lui laissée par le testament de la dame L..., la demoiselle F... a introduit une instance pour faire déclarer qu'en sa qualité de mère naturelle du légataire, elle avait droit à sa succession, et spécialement à ladite somme de 2,000 fr. La demoiselle F... produisait, pour justifier sa qualité, un acte de notoriété constatant que l'enfant avait laissé pour unique héritière sa mère naturelle; elle était elle-même intervenue dans cet acte de notoriété pour reconnaître son enfant; enfin elle invoquait l'acte de naissance de ce dernier, dans lequel elle était déclarée comme sa mère, et la possession d'état de cet enfant, qu'elle avait toujours traité comme sien depuis sa naissance.

Rien de cela n'a paru suffisant à la Cour de Paris, qui a jugé, en principe, par son arrêt du 26 avril 1852, que la reconnaissance de maternité d'un enfant naturel faite après son décès n'est pas valable et ne saurait donner aucun droit sur sa succession à celle qui l'a reconnu, alors même qu'elle aurait été indiquée comme sa mère dans l'acte de naissance, et qu'à l'appui de cette reconnaissance tardive elle invoquerait une possession d'état conforme audit acte de naissance. Et si la Cour de Paris n'a pas attribué la somme de 2,000 fr. au Domaine qui y prétendait par voie de déshérence, c'est uniquement parce qu'elle a jugé que les dépenses faites par la demoiselle F... pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, constituaient au profit de cette demoiselle une créance que les éléments de la cause permettaient de fixer à ladite somme de 2,000 fr.

Cette décision est remarquable sous plus d'un rapport.

En premier lieu, non-seulement elle rejette l'acte de naissance comme preuve de la filiation naturelle, et condamne ainsi l'arrêt contraire rendu par la même Cour le 10 mai 1851, mais encore elle s'écarte d'une doctrine assez généralement admise, et suivant laquelle, dans le cas de l'article 336 C. Nap., il suffit, pour qu'il y ait reconnaissance de la mère, qu'elle ait été indiquée dans l'acte, et qu'elle ait avoué ensuite sa maternité, de quelque manière que ce soit et à quelque époque que ce soit. (*V.* Cass. 22 juin 1813, 26 avril 1824, 5 mai 1836, 22 janv. 1839; Paris, 15 déc. 1834, 20 avril 1839; Grenoble, 12 déc. 1850. *V.* ces arrêts, à leur date, dans le *Journal du Palais*. *V.* aussi Dev., 1835, 2, 5; 1836, 1, 274; 1839, 1, 5, et 2, 249; 1851, 2, 391. *V.* encore MM. Toullier, t. II, n° 927; Duranton, t. III, n° 245; Zachariæ, t. IV, p. 54; Richefort, t. II, n° 278; Taulier, t. I, p. 427; Duvergier sur Toullier, *loc. cit.*) A la vérité, l'arrêt de la Cour de Paris se distingue des précédents judiciaires que nous venons de citer, en ce que, dans l'espèce, l'indication de la mère dans l'acte de naissance avait été faite sur la déclaration d'une sage-femme, tandis que, dans les précédents cités, cette indication émanait du père, intervenant à l'acte pour faire la déclaration et reconnaître son enfant, ce qui est précisément le cas de l'article 336. Mais la Cour de Paris ne s'est pas arrêtée

à cette circonstance, dont il n'est pas fait mention dans les motifs de son arrêt ; elle a déclaré, en termes généraux, « que le défaut de reconnaissance ne pouvait être remplacé par les énonciations de l'acte de naissance, puisque la fille F... *n'y avait pas été partie*, » et par là elle semble avoir embrassé, dans la généralité de ses motifs, non-seulement le cas où l'indication de la mère émane de ceux auxquels la loi donne mission de déclarer la naissance (art. 56), mais encore celui où cette indication émane spécialement du père, puisque la mère n'est pas plus partie à l'acte dans ce cas que dans l'autre.

Et maintenant, la Cour de Paris a-t-elle été fondée à juger en ce sens? Ceci pour nous ne fait pas l'objet d'un doute. Suivant l'article 336, « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Il suit de là, *a contrario sensu*, que la reconnaissance du père a effet même vis-à-vis de la mère, quand elle est faite avec l'indication et l'aveu ou le consentement de celle-ci. Mais l'idée émise par les auteurs que ce consentement ou cet aveu peut suivre l'indication de la mère, que par exemple il suffit pour qu'il y ait reconnaissance, par rapport à la mère, qu'une femme ait été indiquée comme mère sans son aveu, pourvu qu'ensuite elle ait traité cet enfant comme sien, cette idée nous semble contraire à la lettre autant qu'à l'esprit de la loi. A la lettre : car il est bien clair, comme l'explique notre collaborateur M. Marcadé sur l'art. 336, que quand la loi, pour donner effet à la reconnaissance vis-à-vis de la femme, demande, par *a contrario*, une déclaration faite *avec indication de la mère et son aveu*, il s'agit d'un aveu précédant l'indication, d'un consentement en vertu duquel cette indication est faite, en un mot d'une sorte de pouvoir qui, suivant l'expression de la Cour de Paris, rend la mère partie à l'acte. A l'esprit : car il résulte de toute la discussion dont l'article 336 a été précédé, que dans la pensée des rédacteurs, cet article revient à dire « que la reconnaissance d'un enfant naturel n'a effet qu'à l'égard de celui qui l'a reconnu » (*V.* Fenet, t. X, p. 72, 80, 81 et suiv., 111 et 115) ; et partant, que si plus tard on a intercalé ces mots : « sans l'indication et l'aveu de la mère, » entre ceux-ci : « la reconnaissance du père n'a effet qu'à l'égard

du père, » c'est uniquement, comme le dit encore M. Marcadé, pour faire sentir que, même avec l'indication de la mère, mais sans son aveu ou son consentement, la reconnaissance n'a pas d'effet vis-à-vis d'elle.

C'est ce que la Cour de Paris a parfaitement compris; et en ce point, son arrêt, qui confirme l'opinion de MM. Marcadé, *loc. cit.;* Demolombe, t. V, n° 583; Valette sur Proudhon, t. II, p. 142; Dupin, Sebire, Barrot, Parquin et Vatimesnil (consultation publiée par M. Devilleneuve, année 1835), est un premier pas dans une jurisprudence qu'il est à désirer de voir s'établir.

2. En second lieu, de même qu'elle rejetait l'acte de naissance comme faisant preuve de la maternité, la Cour de Paris rejetait la possession d'état sur laquelle la mère fondait aussi sa demande. Et à vrai dire, ceci n'était qu'un autre aspect de la même question. En effet, admettre la preuve comme résultant de la simple indication de la mère et sans son aveu, sur le fondement que les soins ultérieurs donnés à l'enfant par celle-ci suppléent à cet aveu et en tiennent lieu, ce n'est pas autre chose au fond qu'admettre la reconnaissance des enfants naturels comme s'établissant par la possession d'état. (*V.* M. Demolombe dans cette *Revue*, t. I, p. 673 et M. Marcadé sur l'art. 336, n° 1.) En sorte qu'après avoir décidé que, dans le cas de l'art. 336, l'aveu de la mère ne peut s'induire des faits qui ont suivi la reconnaissance faite par le père, la Cour impériale de Paris ne pouvait consacrer, sans manquer de logique, la preuve résultant de la possession d'état. Aussi voit-on qu'elle infirme le jugement de première instance qui avait déclaré une telle preuve admissible et suffisante pour établir la maternité.

Par là, la Cour impériale s'est rangée à la doctrine récemment consacrée par la Cour suprême, suivant laquelle l'enfant naturel n'est pas admis, comme l'enfant légitime, à invoquer la possession d'état pour prouver sa filiation et ne peut réclamer les droits que la loi lui accorde sur les biens de ses père et mère qu'autant qu'il a été reconnu soit par acte authentique, soit à la suite d'une recherche de maternité. (Arrêt du 17 février 1851, *J. P.*, 1851, 1, 481.) A la vérité, la situation n'était pas la même dans l'espèce jugée par la Cour de Paris; la possession d'état était in

voquée non pas par l'enfant naturel pour arriver à recueillir la succession de sa mère, mais, à l'inverse, par la mère comme moyen de faire reconnaître ses droits aux biens laissés par son enfant; et la Cour s'est bornée à dire, dans les motifs de son arrêt, « que la possession d'état dont excipe la demoiselle F.... ne saurait être prise en considération; qu'elle n'est pas un moyen légal *établi au profit de la mère*, qui a toujours pu reconnaître son fils, et qui a à se reprocher de ne l'avoir pas fait. » Mais elle aurait dit de même, sans doute, que la possession d'état n'est pas un moyen légal *établi au profit de l'enfant naturel*, si le débat se fût élevé, dans l'espèce, entre le Domaine et cet enfant; et elle aurait dû le dire à plus forte raison, car il n'y a pas, au point de vue de la morale et de la décence, autant de motifs de repousser l'action de la mère qui vient elle-même invoquer et ratifier en quelque sorte une maternité dont elle a publiquement rempli tous les devoirs qu'il y en a pour repousser l'action de l'enfant qui, en l'absence de toute preuve écrite de la part de la mère, viendrait livrer la vie de celle-ci au scandale d'un débat judiciaire.

On peut donc le dire, l'arrêt de la Cour de Paris juge virtuellement qu'en thèse générale, la filiation naturelle ne s'établit pas par la possession d'état et présente ainsi une décision de plus à l'appui de cette doctrine que la Cour de cassation faisait pressentir dans son arrêt du 3 février 1851, et qu'elle a formellement consacrée quelques jours après, le 17 du même mois.

En ce qui concerne la valeur juridique de cette doctrine, elle a été, dans cette *Revue*, l'objet d'une discussion trop approfondie pour que nous ayons à y revenir. Nous renvoyons donc le lecteur aux acticles de M. Marcadé dans le sens de la jurisprudence de la Cour suprême (t. I, p. 150, 642 et 725), et à celui de M. Demolombe, dans le sens contraire (t. I, p. 662); et nous passons au dernier aperçu par lequel l'arrêt de Paris mérite d'être remarqué.

3. L'acte de naissance et la possession d'état écartés comme moyens de prouver la filiation ou la maternité naturelle, il ne reste que deux moyens de faire la preuve : la déclaration judiciaire et la reconnaissance volontaire. La déclaration judiciaire était hors

de cause dans l'espèce; mais la reconnaissance volontaire s'y produisait. La demoiselle F.... était intervenue dans l'acte de notoriété constatant que l'enfant naturel avait laissé sa mère pour unique héritière, et son intervention avait eu pour objet de reconnaître son enfant. Elle excipait donc de cette reconnaissance; mais la Cour juge « que d'après l'art. 765 C. Nap., la mère n'est appelée à succéder à son enfant naturel qu'autant qu'elle l'a reconnu; que la fille F.... n'a pas reconnu celui qu'elle dit être son fils; qu'à la vérité, après le décès de ce dernier, et pour recueillir sa succession, elle l'a reconnu pour son enfant; mais que cette reconnaissance est tardive, qu'elle n'est pas admise par la loi. » La Cour considère donc comme insuffisante, pour créer la successibilité, la reconnaissance faite après le décès de celui qui en est l'objet. Ainsi en avaient pensé déjà d'abord la Cour de Pau (arrêt du 9 juillet 1844), dans un cas où, comme dans l'espèce, la reconnaissance émanait de la mère, et ensuite la Cour de Paris (arrêt du 25 mai 1835), dans un cas où elle émanait du père (*V.* les deux arrêts à leur date dans le *Journal du Palais*). Au contraire, la Cour de Douai a jugé, par arrêt du 23 janvier 1819, que la mère d'un enfant naturel qui ne l'a reconnu ni dans son acte de naissance, ni par aucun acte authentique, n'est pas moins fondée à lui succéder après son décès, en faisant preuve de la maternité. Entre ces deux solutions, nous n'hésitons pas à considérer la première comme seule juridique.

Nombre d'auteurs, nous le savons, décident, en thèse générale, que l'enfant naturel peut être reconnu après son décès. (*V.* MM. Loiseau, p. 444; Richefort, t. II, n° 263; Valette sur Proudhon, t. II, p. 150; Marcadé, art. 334, n° 2; Demolombe, t. V, n° 416.) On peut admettre cela en thèse générale. Mais ces auteurs iraient-ils jusqu'à dire que soit le père, soit la mère, pourrait se faire de cette reconnaissance tardive un titre pour arriver à la succession de l'enfant? Nous ne le pensons pas. Quant à nous, nous ne saurions aller jusque-là et nous sommes de l'avis de ceux qui, sans contester la validité de la reconnaissance de l'enfant naturel décédé, pensent, avec les Cours de Pau et de Paris, qu'une telle reconnaissance ne peut pas donner à celui qui l'a faite le droit de réclamer la succession de l'enfant au pré-

judice de ceux auxquels elle a été déférée par suite de son décès. (*V.* MM. Vazeille, art. 765, n° 2; Duranton, t. III, n° 265; Belost Jolimont sur Chabot, art. 765; Zachariæ, t. IV, §§ 568, note 28 et 568 *quater*, note 17.) En effet, la reconnaissance a pour but l'avantage de l'enfant; la loi, en l'autorisant, seconde la pensée louable qui pousse le père ou la mère à donner un état à l'enfant, à lui assurer, avec un nom, la subsistance et une sorte de succession. Mais si l'enfant est mort sans état et sans nom, la reconnaissance n'a plus de but; surtout elle n'est plus inspirée par une pensée de justice et d'humanité, lorsque son but unique est de mettre le père ou la mère en position de profiter de la succession que l'enfant aurait laissée; elle n'est plus, alors, qu'une spéculation que la loi n'a pu avoir en vue d'autoriser.

4. La Cour de Paris a donc eu raison de refuser la qualité d'héritière à la fille F.... dans l'espèce. Et toutefois, nous comprenons que les 2,000 francs formant l'actif de la succession de l'enfant prédécédé aient été attribués à cette fille à titre de créance, et non point au Domaine qui y prétendait par voie de deshérence. On a dit qu'en cela la Cour de Paris avait reculé devant les conséquences rigoureuses du principe par elle consacré. Nous pensons, au contraire, que la Cour n'a fait que déduire les conséquences du principe établi dans son arrêt. Après avoir successivement considéré la reconnaissance, la possession d'état et les indications de l'acte de naissance comme insuffisantes pour établir la maternité, la Cour n'a pu voir dans la fille F.... et l'enfant prédécédé que deux personnes étrangères l'une à l'autre et qui n'étaient liées légalement entre elles par aucun lien de filiation et de maternité. Par suite, la fille F.... ne devait plus être considérée comme ayant accompli une obligation naturelle en donnant ses soins et son argent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant qu'elle avait élevé. Comme mère de l'enfant, elle n'eût fait, en cela, que remplir une obligation naturelle et acquitter sa propre dette; mais dès que sa condition de mère n'était pas reconnue, il s'ensuivait, comme conséquence, qu'elle avait fait l'affaire de l'enfant et acquis une créance dont il était juste qu'elle fût désintéressée, puisque la succession de l'enfant était en position de l'acquitter.

Il y avait là, contre l'enfant, le principe d'une obligation civile, et c'est bien à ce point de vue que la Cour a considéré l'engagement, quand elle a dit « que la fille F.... a fait des dépenses considérables pour l'entretien et l'éducation du *de cujus;* que ces déboursés constituent une créance dont elle doit être indemnisée; que la nature de ces dépenses et l'âge de l'enfant *n'ont pas permis à la fille F.... de s'en procurer la preuve écrite;* qu'il s'agit de faits successifs de vie commune et de soins quotidiens qui ne sauraient être mis en doute dans la conviction de la Cour; et que les éléments de la cause permettent de fixer à 2,000 fr. l'indemnité due à la fille F.... »

5. — (Cass. 10 déc. 1851; *J. P.*, 1852, 1, 644.) — La loi crée certaines incapacités relatives de recevoir entre vifs qui ont leur source dans des situations particulières où il se pourrait que la volonté du donateur fût contrainte ou extorquée par suite de l'empire qu'aurait exercé sur son esprit celui au profit duquel la disposition serait faite. C'est une incapacité de ce genre que celle dont le principe est posé avec les exceptions qu'il comporte dans l'article 909 du Code Napoléon.

D'après cet article, l'incapacité atteint, entre autres, ceux qui exercent l'art de guérir, et qui, par les soins qu'ils donnent au malade, acquièrent sur lui une influence qui est suspecte à la loi.

Mais deux exceptions sont faites à la règle prohibitive : l'une, en faveur des dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe, à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers; l'autre, en faveur des dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.

Sur cette seconde exception, la seule dont nous ayons à nous occuper quant à présent, il est admis sans difficulté qu'un don ou legs peut être considéré comme *rémunératoire*, bien qu'il ne soit pas qualifié tel dans la donation ou dans le testament. « Quand le don ou le legs ne serait pas qualifié de rémunératoire, dit M. Coin-Delisle, art. 909, n° 12, s'il était fait à titre particulier, il faudrait interpréter la volonté du testateur de manière à la faire

valoir ; un legs peut en effet être une marque de reconnaissance, sans que son auteur l'ait dit expressément. Ainsi, on a vu une disposition rémunératoire dans un testament qui, en instituant le neveu d'un ecclésiastique, nommait son oncle exécuteur testamentaire et le dispensait de rendre compte des revenus pendant la minorité. Grenoble, 14 avril 1806, nonobstant Montpellier, 19 mai 1813. » (Conf. MM. Delvincourt, t. II, p. 418, notes; Grenier, t. I, n° 127; Vazeille, art. 909, n° 13; Marcadé, *ibid*, n° 4; Saintespès-Lescot, *ibid*, n° 253; Zachariæ, t. V, p. 28, note 22.)

Voici une espèce dans laquelle il a été fait une application remarquable de cette règle. En 1825, une demoiselle Flandrin vendit au sieur Mermet, médecin, divers immeubles situés à Lyon, à un prix très-avantageux. En 1847, elle décéda, laissant un testament dans lequel, entre autres dispositions, elle faisait remise et legs à ses débiteurs, à divers titres, de ce dont ils étaient redevables envers elle au moment de sa mort. Au nombre des débiteurs se trouvait le sieur Mermet, qui n'avait pas encore acquitté l'entier montant de son acquisition. Mais, en qualité de médecin, il avait traité la demoiselle Flandrin pendant sa dernière maladie. Aussi quand il demanda la délivrance de son legs au légataire universel, et par suite la déclaration qu'il était bien et dûment libéré envers la succession de la demoiselle Flandrin, le légataire universel lui opposa sa qualité de médecin et soutint qu'ayant traité la défunte pendant sa dernière maladie, il avait été incapable de recevoir, aux termes de l'art. 909.

Dans cette situation, tout en reconnaissant que la circonstance que le legs fait au médecin était compris dans une disposition générale qui embrassant plusieurs autres legs n'était pas susceptible d'effacer l'incapacité relative écrite dans l'art. 909 du Code Napoléon, les juges du fond déclarèrent néanmoins que le legs en question était évidemment de la nature des legs rémunératoires, en faveur desquels l'article précité contient une exception, et par suite ils validèrent la disposition.

On s'est vainement pourvu contre la décision. Un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 10 décembre, a rejeté le pourvoi, et par suite a confirmé la doctrine suivant laquelle un don ou un

legs peut être considéré comme rémunératoire, bien qu'il ne soit pas qualifié tel dans la donation ou dans le testament.

6. Mais il y a, dans ce même arrêt, une autre solution par laquelle il se signale plus particulièrement à l'attention du lecteur.

L'idée de rémunération révèle celle de services rendus. Or quels étaient les services qui pouvaient imprimer, dans l'espèce, le caractère de legs rémunératoire à la remise de dette accordée par la testatrice? Le voici d'après les motifs de l'arrêt qui était déféré à la censure de la Cour de cassation : « Attendu..... qu'il est constant qu'en 1825 le docteur Mermet avait acquis de Victoire Flandrin du terrain à un prix très-élevé; que cette opération devint pour cette dernière la source d'une fortune qu'elle ne possédait pas, tandis qu'elle fut la cause d'une grande perte pour son acquéreur; que, pendant sa vie, elle n'a jamais réclamé le solde du prix qui lui restait dû, et qu'il est hors de doute que, par ses dernières dispositions, elle a voulu lui témoigner sa reconnaissance, et le rémunérer du préjudice qu'il avait éprouvé, en l'affranchissant du payement vis-à-vis de ses héritiers. »

Ces faits étaient-ils compatibles avec l'idée de rémunération et avec celle de services rendus? Dans le système du pourvoi, on soutenait la négative. La libéralité faite par le testateur, disait-on, eût-elle eu pour cause le souvenir des bénéfices procurés par l'opération que l'arrêt rappelait, ce qui, du reste, n'était dit en aucune manière dans la disposition faite collectivement en faveur de tous les débiteurs, il n'en résulterait pas qu'il y eût là ce que le législateur appelle un service rendu, puisqu'il s'agissait d'un contrat intéressé et non d'un acte inspiré par une pensée généreuse. L'acquisition de 1825, bien qu'elle eût contribué à l'établissement de la fortune de la testatrice, ne peut être considéré comme un service rendu; elle a eu lieu dans le but unique de faire une spéculation que les événements pouvaient rendre avantageuse au spéculateur, comme ils la lui ont rendue préjudiciable. L'influence du médecin sur l'esprit de la malade doit donc être présumée l'unique cause du legs, et l'arrêt attaqué oppose à tort à la présomption légale de l'article 909 une présomption de fait tirée de la perte éprouvée par l'acheteur : car cette perte

ne constitue pas un service rendu dans le sens de la loi; elle est seulement le résultat d'une opération malheureuse qui ne saurait rentrer dans l'exception prévue par l'article précité.

Nonobstant ces considérations, le pourvoi a été rejeté par ce motif : « qu'il ressort des faits déclarés par l'arrêt attaqué, qu'en faisant remise d'une portion d'un prix exorbitant, la testatrice a moins fait une libéralité pure qu'acquitter une obligation naturelle, ce qui n'est point contraire à l'article 909, qui, dans son exception, a précisément pour but de faciliter l'accomplissement de l'obligation naturelle la plus ordinaire envers un médecin, et qui, permettant la rémunération, permet à plus forte raison la libération et la juste restitution. »

Ainsi, la restitution d'une chose due en vertu d'une obligation naturelle, n'est pas atteinte par la disposition prohibitive de l'article 909 : cette restitution sera protégée non-seulement par l'article 1235, qui n'admet pas la répétition à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, mais encore, lorsqu'elle est faite sous la forme d'un legs, par l'exception de l'article 909, qui permet aux médecins de recevoir du malade qu'ils ont soigné pendant la dernière maladie, des libéralités purement rémunératoires. Ceci ne nous semble pas pouvoir être contesté. Mais le système du pourvoi n'en était pas moins fondé, dans l'espèce, sur de très-graves considérations. En effet, la question était moins de savoir si l'acquittement, sous forme de legs, d'une obligation naturelle, doit être protégé par la disposition exceptionnelle de l'article 909, que de savoir si le vendeur qui a vendu avec bénéfice peut être tenu, même naturellement, de restituer à son acheteur le bénéfice qu'il a fait sur l'opération. Comme on le disait très-exactement dans le système du pourvoi, il y avait eu spéculation de part et d'autre : celui que les circonstances ont favorisé pouvait être ruiné, au contraire, par des circonstances différentes. Tout cela se résumait donc en des chances fort aléatoires sur lesquelles nul, au moment du contrat, ne pouvait avoir action. Et par cela même, il paraît bien difficile de voir, dans le résultat, le principe d'une obligation même naturelle.

7. — (DOUAI, 28 AVRIL 1851; *Devill.*, 1851, 2, 369.) — Dans

le dernier état de la législation coutumière, toutes les fois que la communauté s'était enrichie ou avait été avantagée aux dépens des biens personnels de l'un des époux, cet époux avait droit à une récompense. Ce principe a été admis par le Code Napoléon, qui en fait lui-même deux applications spéciales dans l'article 1433. L'une de ces applications a pour objet le cas de vente d'un immeuble propre à l'un des époux. « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, dit l'article 1433, ... et que le prix en ait été versé dans la communauté, sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu... » Puis le principe de la récompense ainsi posé, la loi en fixe la mesure dans l'article 1436, dont la disposition finale est ainsi conçue : « Dans tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. » Ainsi vainement la communauté soutiendrait-elle que l'immeuble aliéné pour 20,000 fr., par exemple, n'en valait que 15,000; et vainement, d'un autre côté, l'époux propriétaire dirait-il que son immeuble valait 25,000 fr. : la loi n'admet ni l'une ni l'autre allégation; la communauté a reçu 20,000 fr., c'est de 20,000 fr. qu'elle doit récompense.

Mais on suppose que le contrat de vente est sincère. En serait-il de même si l'immeuble ayant été vendu 25,000 fr. par exemple, le contrat n'en déclarait que 20,000? La Cour de Douai a statué sur cette hypothèse par son arrêt du 28 avril 1851, et, d'accord avec quelques précédents judiciaires (Cass., 14 février 1843 et Besançon, 21 juin 1845; *J. P.*, 1846, 2, 601; Devillen., 43, 1, 193; 46, 2, 415) et avec la majorité des auteurs (*V.* MM. Odier, t. 1, n° 307; Marcadé, art. 1436, n° 1; Troplong, *ibid*, n° 1162), elle a jugé que la femme à laquelle il est dû récompense du prix de l'un de ses immeubles vendus pendant le mariage, est recevable à prouver par témoins et par toutes autres voies de droit, que le prix véritable a été dissimulé dans le contrat, et qu'il est réellement d'une somme supérieure à celle qui s'y trouve déclarée; et cela quand bien même elle aurait été partie à la vente. C'est aussi l'opinion que nous avons développée

dans notre *Traité du Contrat de mariage*, t. I, n° 713.

La raison de douter, avons-nous dit, est que, d'après la loi, la récompense n'a lieu que *sur le pied de la vente*, d'où il semblerait résulter que la loi fait allusion au prix déclaré : et c'est ce qui avait trompé la Cour de Lyon dont la décision a été cassée par l'arrêt précité de la Cour suprême du 14 février 1843. Mais la raison de décider est dans les principes généraux d'après lesquels l'un des patrimoines, dont la communauté suppose l'existence, ne doit jamais s'enrichir aux dépens des autres. Ces principes seraient bien des fois méconnus ou violés si l'appréciation de la Cour de Douai ne devait pas prévaloir. Il arrive souvent que, dans un intérêt plus ou moins avouable, le prix réel d'un immeuble est dissimulé. Sans parler des dissimulations de prix qui ont pour objet de frauder le fisc, lorsque la vente porte sur un immeuble appartenant à l'un des époux, le prix peut être affaibli pour procurer à la communauté un avantage indirect, ou, au contraire, il peut être élevé pour avantager l'époux propriétaire aux dépens de la communauté. Le mari surtout, entre les mains de qui se trouve la gestion de tous les biens, des propres des époux et des biens de la communauté, aurait toute facilité de grever ou de dégrever la communauté suivant son intérêt; et la femme, si elle n'avait, dans tous les cas, le droit d'établir la fausseté de la déclaration portée au contrat et de constituer la communauté débitrice de ce qu'elle a réellement reçu, ni plus ni moins; la femme, presque toujours à la discrétion du mari, verrait la récompense mise à la charge de la communauté s'étendre ou s'amoindrir suivant que le mari aurait vendu un de ses propres ou l'un des propres de la femme. Cette possibilité même est écartée par la jurisprudence qui a prévalu.

Et cette jurisprudence, d'ailleurs, se concilie avec la lettre de la loi. L'art. 1436 ne dit pas, en effet, que la récompense n'est *que du prix porté au contrat;* il dit expressément que la récompense n'a lieu que *sur le pied de la vente*. Le législateur a voulu faire cesser d'anciennes divergences nées de ce que quelques coutumes autorisaient à calculer la récompense ou la reprise *d'après le juste prix* de l'immeuble vendu. On peut donc et on doit conclure de la disposition de la loi nouvelle que l'un des époux

ne serait pas admis à prétendre que son immeuble était d'une valeur supérieure à celle pour laquelle il a été aliéné; mais on n'en peut pas conclure que l'époux soit mal fondé dans sa réclamation lorsqu'il offre d'établir que, quelle que soit la valeur de l'immeuble, le prix qui en a été retiré est différent du prix exprimé au contrat. L'époux, alors, est dans les termes mêmes de la loi qui accorde la récompense sur le pied de la vente; car la vente, c'est la convention qui existe indépendamment de l'écriture, ce n'est pas l'acte qui constate cette convention.

Du reste, nous admettons, avec la Cour de Douai, que le droit de la femme subsiste même quand elle a été partie à l'acte de vente de l'immeuble qui lui appartenait. C'est aussi ce que la Cour de cassation avait jugé par son arrêt du 14 février 1843; et en effet, la femme comme le dit la Cour suprême et comme l'a dit aussi la Cour impériale de Douai, ne peut perdre une partie de la récompense à laquelle elle a droit par un fait qui est ordinairement le résultat forcé de l'ascendant marital.

8. Mais nous ne pourrions approuver de même, du moins dans toute son étendue, la réserve faite par la Cour de Douai, lorsqu'elle dit que « l'acte fait nécessairement foi du prix qu'il énonce, quand il s'agit de l'aliénation d'un propre du mari, lequel est maître de la rédaction de l'instrument, et ne peut, par suite, être admis à prouver par témoins contre et outre son contenu. » Qu'en raison de la position spéciale et du rôle qu'il joue dans la communauté, le mari soit plus difficilement admis à la preuve, nous le voulons bien; mais s'il est certain qu'il a été versé à la communauté de son chef, un prix de vente supérieur à celui que constate l'acte, nous croyons qu'on ne pourrait, sans aller contre le principe même des récompenses, refuser au mari le moyen de reprendre ce qu'il a réellement versé. Avant tout, il faut maintenir la composition du fonds commun et du patrimoine personnel des époux dans les termes même où cette composition est fixée par la loi; c'est le but des récompenses. Toute combinaison qui permet que l'un de ces patrimoines s'enrichisse, dans une mesure quelconque, aux dépens de l'autre, va contre ce but et doit, par ce motif, être rejetée.

9. — (POITIERS, 17 DÉC. 1851; Devill., 52, 2, 334.) — C'est

aussi par ces considérations que nous croyons devoir revenir ici sur une opinion par nous émise en quelques mots dans notre *Traité du Contrat de mariage*.

Dans le cas de dissolution de la communauté par la mort du mari, la loi fait à la femme survivante qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté, l'obligation de faire, dans les trois mois du jour du décès du mari, un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés (art. 1456). Cet inventaire a pour objet de concourir au maintien de la communauté dans sa consistance réelle et d'assurer ainsi les droits des héritiers et ceux des créanciers. « La femme pouvant recéler, dit Lebrun, sa renonciation est suspecte de fraude, si elle n'est précédée d'un inventaire. » (*V.* p. 281, n° 13.)

D'après cela nous avons pensé que la renonciation de la femme sans inventaire étant exempte de danger quand le mari est en possession, l'obligation de l'art. 1456 cesse d'avoir son effet. (*V.* notre *Traité*, t. I, n° 878.)

Nous maintenons encore cette appréciation pour le cas où la communauté est dissoute par la séparation de biens ou de corps. Il est évident que l'obligation pour la femme de faire inventaire n'existe pas alors, puisque la présomption de renonciation est expressément attachée, dans ce cas, à l'expiration de trois mois et quarante jours sans que la femme ait manifesté l'intention d'accepter la communauté (art. 1463). D'ailleurs, comme le dit Pothier, lorsque c'est par une sentence de séparation de corps que la dissolution de communauté arrive, ce n'est pas la femme, c'est le mari qui se trouve en possession des effets de la communauté; elle peut donc renoncer sans inventaire. C'est, du reste, l'opinion à peu près unanime des auteurs. (*V.* MM. Merlin, *Rép.*, v° *Inventaire*, § 5, n° 3; Duranton, t. XIV, n° 459; Troplong, t. III, n° 1549. — *V.* aussi les arrêts conformes de Rouen, 10 juillet 1826 et de Grenoble, 12 février 1830.)

Mais que décider, dans le cas où la dissolution de la communauté a lieu par le décès de la femme? Dans l'ancienne jurisprudence, la question ne présentait aucun doute : le dernier motif invoqué dans l'hypothèse précédente fournissait aussi la

raison de décider. « A l'égard des héritiers de la femme prédécédée, dit Bourjon, t. I, p. 592, n° 8, ils ne sont pas obligés, pour le soutien de leur renonciation à la communauté, de faire faire inventaire, parce que c'est le mari qui reste maître de toute la masse de la communauté, et que, quant à eux, il n'y a pas de confusion à craindre. Tel est encore sur ce point l'usage constant du Châtelet, et autrement ce serait dépouiller la loi de sa sagesse. » (*V.* aussi Pothier, *de la Communauté*, n° 562.)

Déterminé par ce motif, qui nous avait paru concluant dans le cas de dissolution par la séparation, nous avions suivi les données de l'ancienne jurisprudence (*V.* notre *Traité*, *loc. cit.*); et c'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Poitiers, dont l'arrêt relevé ici décide, en infirmant un jugement du tribunal civil de Jonzac, que dans le cas où la dissolution de la communauté s'est opérée par le prédécès de la femme, les héritiers de celle-ci peuvent renoncer à la communauté sans avoir préalablement fait faire inventaire, et que la disposition de l'art. 1466 portant qu'en un tel cas, les héritiers de la femme peuvent renoncer à la communauté dans les délais et dans les *formes* que la loi prescrit à la femme survivante ne s'applique pas à la formalité de l'inventaire. (*V.* encore en ce sens MM. Merlin, *Rép.*, v° *Inventaire*, § 5, n° 3; Pigeau, *Proc. civ.*, t. II, p. 652; Marcadé, art. 1466.)

Cependant, en y réfléchissant mieux, et quel que soit notre regret de nous écarter, en ce point, de l'ancienne jurisprudence dont les données suffisaient à tout, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que cet art. 1466 a fait passer, contrairement à la décision de la Cour de Poitiers, aux héritiers de la femme toutes les obligations que l'art. 1456 a imposées à la femme elle-même.

Remarquons, en effet, que cet art. 1466 ne faisait pas partie des projets primitifs : il n'en existe aucune trace ni dans le premier projet ni dans les discussions qui eurent lieu au Conseil d'État. Il y avait seulement un art. 72, correspondant au texte de l'art. 1461 du Code actuel, dont la disposition était ainsi conçue : « Si la veuve meurt avant l'expiration des trois mois et quarante jours, ses héritiers peuvent renoncer à la communauté

dans les formes établies ci-dessus, et y sont admis même après ledit délai, et nonobstant le défaut d'inventaire, tant qu'ils ne se sont point immiscés. » (*V.* Locré, t. XIII, p. 135 et 219.) Le projet fut soumis ainsi au Tribunat, qui considéra cette rédaction comme insuffisante. « L'art. 72, dit-il, tel qu'on le lit dans le projet, ne contient pas des développements suffisants. Indépendamment de cet inconvénient, cet article laissait supposer que les héritiers de la femme pouvaient renoncer quand il n'y aurait eu aucun inventaire ni de leur part ni de celle de la femme, pourvu qu'ils ne se fussent pas immiscés; ce qu'on ne croit pas devoir être. Il faut toujours un inventaire pour éviter des fraudes à l'égard de tous. » (*V.* M. Locré, t. XIII, p. 252.)

Cette observation fut prise en considération pour la rédaction définitive. On distingua alors les deux hypothèses qui peuvent se présenter : la première, celle que prévoyait l'art. 72 du projet, où la communauté étant dissoute par le prédécès du mari, la femme elle-même décède avant d'avoir pris qualité, hypothèse réglée aujourd'hui par l'art. 1461; la seconde, celle où la communauté est dissoute par le prédécès de la femme; et cette hypothèse que le projet ne prévoyait pas, mais à laquelle se référaient aussi les observations du Tribunat, fut réglée par l'art. 1466, qui fit alors sa première apparition dans le Code, en ces termes : « Dans le cas de dissolution de la communauté par la mort de la femme, ses héritiers peuvent renoncer à la communauté dans les délais et dans les formes que la loi prescrit à la femme survivante. »

Quelle est la portée de cet article? Elle est indiquée par M. Siméon, *orateur du Tribunat*, dans son discours au Corps législatif. « La communauté, dit-il, qui associe la femme à la moitié des profits, ne l'expose pas à la moitié des pertes : elle s'en décharge en renonçant à toute espèce de droit sur les biens de la communauté, même sur le mobilier qu'elle y a versé, sauf le linge et les hardes à son usage, qu'elle reprend. — Mais la renonciation exige un inventaire préalable et que la femme ne se soit pas immiscée dans les biens de la communauté; à plus forte raison si elle en avait diverti ou recélé les effets, elle serait privée d'une prérogative dont sa mauvaise foi la rendrait indigne. —

La faculté de renoncer se transmet aux héritiers avec les mêmes charges et conditions. » (*V.* Locré, t. XIII, p. 463.) Ceci ne permet pas de douter que le mot *formes* dont se sert l'art. 1466 n'ait eu pour objet d'indiquer que les héritiers doivent, de même que l'aurait dû la femme, faire faire un inventaire s'ils veulent conserver le droit de renonciation. C'est l'avis de MM. Bellot, t. II, p. 315 et suiv.; Odier, t. I, nos 469 et suiv.; Troplong, t. III, nos 1548 et 1603, et il a été implicitement consacré par deux arrêts rendus par la Cour de cassation, le 9 mars 1842. (V. *J. P.*, à la date, et Devill., 42, 1, 193.)

On peut se demander maintenant quel est le but de l'article 1466 ainsi entendu, et comment il se fait que tout étant en la possession du mari dans l'hypothèse prévue par cet article, on ait jugé nécessaire d'imposer aux héritiers de la femme l'obligation de faire inventaire. M. Bellot des Minières, *loc. cit.*, répond à cela : « Ne pas obliger ses héritiers (de la femme) à faire inventaire, c'est permettre au mari, qui le plus souvent sera leur père, de colluder avec eux et de faciliter des soustractions dont ils partagent ensemble les avantages. Les héritiers ayant fait faire inventaire et l'ayant attesté sincère et véritable, il n'y aurait pas même raison, la fraude ne serait plus aussi présumable. » Ce sont peut-être là les motifs de la loi, dont, dans tous les cas, il faut bien admettre la décision. Mais qu'il nous soit permis de dire avec M. Troplong, *loc. cit.* : « Je ne dis pas que ces considérations soient bien victorieuses et bien profondes; mais je suis entraîné par l'article 1466, qui me paraît positif et clair; et malgré mes regrets de l'abandon de l'ancienne jurisprudence, j'entre sans arrière-pensée dans la voie nouvelle ouverte par cet article. »

PAUL PONT.

LETTRE DE CHANGE. — FORCE MAJEURE.

Des effets de la force majeure qui met obstacle à l'exercice des droits du porteur d'une lettre de change [1].

Par M. Victor MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. Ce qu'on entend par *force majeure*.
2. Effets de la force majeure par rapport à la lettre de change et au billet à ordre.
3. Aperçus historiques sur la législation. Documents qu'elle présente.
4. A la charge de qui doivent être mises les pertes que la force majeure peut occasionner?
5. La force majeure peut relever le porteur de toute déchéance, quoiqu'il n'ait présenté l'effet et quoiqu'il ne l'ait fait protester qu'après les délais légaux.
6. Cas divers dans lesquels la perte occasionnée pour le cas fortuit devra être mise à la charge du porteur, du tireur ou des endosseurs.
7. Si l'effet a été protesté le lendemain de son échéance, la force majeure met obstacle à toute déchéance relative au recours contre les endosseurs.
8. Application des principes au cas où il s'agit d'un effet à échéance indéterminée qui n'a pas pu être présenté et protesté faute de payement ou d'acceptation dans le délai fixé par l'article 160 du Code de commerce.
9. Du cas dans lequel la durée de l'empêchement se prolonge et le porteur d'un effet à échéance indéterminée se voit dans l'impossibilité de le présenter et de le faire protester. Pourra-t-il, dans cette position, exercer utilement un recours contre les endosseurs et le tireur?
10. *Quid* si le porteur d'un effet non échu qui comptait sur l'acceptation du tiré, est dans l'impossibilité de le présenter à ce dernier pour requérir l'acceptation?
11. *Quid* du cas où une lettre de change est cédée à une époque si rapprochée de son échéance, et dans un lieu si éloigné de la place sur laquelle elle est tirée, qu'il y a impossibilité de la faire protester, en cas de refus de payement, le lendemain du jour où elle doit échoir? — Le porteur pourra-t-il, dans ce cas, exercer la garantie contre son cédant immédiat?
12. La force majeure met obstacle au cours de la prescription établie par l'article 189 du Code de commerce.
13. *Aliud* si l'obstacle a cessé pendant un certain temps, et si le porteur a pu, pendant *ce temps*, exercer ses droits.
14. Résumé et conclusion.

1. La force majeure (*vis major*) consiste dans un événement

[1] On peut voir sur cette matière, pour l'*ancien droit*, Dupuis de la Serra, l'Art des lettres de change, chap. 6, n°s 6 et suiv.; — Pothier, Du contrat de

qui n'est pas imputable à celui qui l'invoque [1], et qui l'a mis dans l'impossibilité d'accomplir ce qu'il voulait exécuter. « La définition de la force majeure est connue, disait M. CAMBACÉRÈS au Conseil d'État. On sait que ce nom n'est donné qu'aux accidents que la vigilance et l'industrie des hommes n'ont pu ni prévenir ni empêcher [2]. » On confond assez souvent, en droit, la *force majeure* avec le *cas fortuit* qui consiste aussi dans un événement entièrement en dehors de la volonté de ceux à l'égard desquels il exerce son action [3].

La force majeure peut résulter des phénomènes physiques, tels que les inondations, les tempêtes, les tremblements de terre, les incendies; des événements humains, tels que la mort, les maladies contagieuses, les insurrections, les guerres; des faits du prince, tels que le blocus, l'arrêt du prince, l'embargo mis sur les navires.

2. Le porteur d'une lettre de change à échéance fixe peut, par suite de ces événements, se trouver dans l'impossibilité de la présenter au tiré à l'époque indiquée pour le payement. Si elle est payable soit à vue, soit à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, il peut être empêché de faire dans les délais fixés, les diligences qui lui sont imposées par la loi. Si l'échéance n'est pas arrivée, il peut se voir empêché de requérir une acceptation qui devait lui procurer des avantages. Enfin, après le protêt, il peut encore se trouver dans une impossibilité matérielle d'exercer son recours contre les divers signataires, dans le temps déterminé par le Code de commerce. Lorsqu'il est ainsi empêché, la provision peut péricliter dans les mains du tiré, le tireur peut

change n° 144.; — SAVARY, parère 70. — Pour le *droit actuel :* DALLOZ, Répertoire, v^is *Effets de commerce*, n°s 628 et suiv. — GOUJET et MERGER, Dictionnaire de droit commercial, v° *Protêt*, n°s 54 et suiv. — MERLIN, Questions de droit, v° *Protêt*, §§ 7 et 8. — NOUGUIER, Des lettres de change, p. 381, n°s 6 et suiv.— PARDESSUS, Du contrat de change, n° 366; Droit commercial, t. II, n° 426.—VINCENS, Législation commerciale, t. II, p. 209.

[1] « *Vis major*, dit GAIUS, quam Græci appellant *divinam*. » (Frag. 25, § 6, D., *Locat. conduct.*)

[2] Locré, *Législat. civ.*, t. XVII, p. 235.

[3] « Est autem *casus fortuitus*, dit VINNIUS, id omne quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti. » (*Quæst. selectæ*, lib. II, cap. 1.) — *V.*, sur la force majeure et le cas fortuit, MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. II, n° 38, p. 85.

tomber en faillite et, dans ces divers cas, il s'agira de savoir si les conséquences de l'événement de force majeure qui met obstacle aux diligences du porteur doivent demeurer à sa charge.

3. Avant d'entrer dans des détails d'application, nous croyons utile de jeter un coup d'œil sur les documents dans lesquels doit être puisée la solution des questions que nous nous proposons d'examiner. Nous remonterons d'abord à l'ancienne législation afin de mieux faire saisir l'esprit de nos lois à l'aide des traditions du passé.

L'ordonnance de 1673 ne contenait, dans ses dispositions relatives aux lettres de change, rien qui fût expressément afférent aux cas fortuits de nature à empêcher l'exercice des droits dont le porteur est investi et l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées. SAVARY, qui avait contribué à la rédaction de cette ordonnance, regardait comme pleine de difficultés la question de savoir si les conséquences du retard en chemin ou de l'égarement d'une lettre de change doivent être subies par celui qui l'avait envoyée ou par celui qui devait la recevoir [1]. DUPUIS DE LA SERRA s'était aussi occupé d'une question analogue, et avait admis en principe que la perte occasionnée par un événement de force majeure devait rester à la charge du porteur de l'effet [2]. Enfin POTHIER, admettant une doctrine contraire, enseignait que le porteur pouvait être relevé de toute déchéance, lorsqu'il établissait l'impossibilité par suite de laquelle il avait été empêché d'agir, et lorsqu'il avait d'ailleurs fait les diligences qui lui étaient imposées aussitôt qu'il en avait eu le pouvoir [3]. Cette opinion de Pothier était aussi admise par ROGUES dans sa *Jurisprudence consulaire* [4] et par l'un des annotateurs de LAPEYRÈRE, arrêtiste du Parlement de Bordeaux [5].

[1] Parère 70, t. II, p. 535 de son *Parfait négociant*.

[2] *L'Art des lettres de change*, ch. 6, p. 416 de l'édition publiée par M. le professeur Bécane.

[3] *Du contrat de change*, n° 144.

[4] Il suppose qu'une lettre de change mise à la poste en temps utile parvient tardivement à destination : « Si cependant, par quelque événement extraordinaire, la poste retarde d'un jour, dit-il, il faut tirer certificat du directeur de la poste, comme le courrier n'est arrivé que le ...., à telle heure, rapport à telle circonstance. » (T. II, ch. 63, n° 14.)

[5] Au mot *Protêt*.

Les rédacteurs du projet de Code de commerce proposaient de consacrer la doctrine de Pothier par une disposition expresse qu'on trouve dans l'article 123 de la rédaction primitive [1]. Mais cet article fut ensuite retranché et M. CORVETTO proposa même au Conseil d'État, dans la séance du 31 janvier 1807, d'introduire dans l'article 169 du Code de commerce une disposition finale entièrement contraire qui était ainsi conçue : « Tout cas fortuit qui aurait empêché ou retardé le protêt est à la charge du porteur [2]. » Il disait, pour justifier cette proposition, que le tireur et les endosseurs n'entendent garantir le payement de la lettre de change qu'autant qu'elle sera présentée à une époque déterminée et que le défaut éventuel de payement sera constaté et leur sera notifié dans les délais établis par la loi. Il faisait remarquer que le porteur étant propriétaire de cette lettre de change et de la provision placée dans les mains du tiré pour son acquitement, doit naturellement subir les conséquences du cas fortuit, en vertu de la règle qui met la chose vendue aux risques de l'acheteur, même avant la délivrance, lorsqu'elle consiste dans un corps certain (C. Nap. 1585, 1586, 1624).

Cette opinion fut combattue par d'autres membres du Conseil d'État qui prétendirent que le porteur devait être relevé de l'accomplissement dans les délais légaux des conditions sous lesquelles le recours lui était accordé contre les signataires, lorsqu'il n'avait pas été en son pouvoir de les accomplir. « Il est juste, il est nécessaire, disait M. JOUBERT, d'admettre l'exception du cas fortuit, mais en la resserrant dans des bornes tellement étroites que les juges ne puissent s'y méprendre, ni le porteur en abuser. »

Un troisième avis fut ouvert par M. CAMBACÉRÈS et adopté. La majorité du Conseil d'État pensa qu'il était sage de laisser, en cette matière, aux tribunaux l'appréciation des faits particuliers que présenterait chaque espèce, sans tracer de règle absolue et en

[1] Cet article est ainsi conçu : « Si, par l'effet de la force majeure, le protêt ne peut avoir lieu dans le délai ci-dessus fixé, il doit être fait le lendemain du jour où l'obstacle a notoirement cessé. » (*Révision du projet du Code de commerce*, par MM. Gorneau, Legras et Vital-Roux, imprimerie de la République, in-4°, an XI, p. 48.)

[2] Locré, t. XVIII, p. 78.

leur laissant le soin d'appliquer les principes généraux. Il fut, en conséquence, décidé que la discussion serait insérée au procès-verbal et « qu'afin de ne pas ouvrir la porte aux abus en liant la conscience des tribunaux par une règle trop précise, il ne serait pas inséré, dans le Code de commerce, de dispositions sur l'exception de la force majeure [1].

Quelques années après, la Cour de cassation eut à s'occuper d'une question semblable, au sujet d'une lettre de change tirée sur Madrid qui n'avait pas pu être protestée dans les délais prescrits, à raison des événements qui agitaient alors l'Espagne. La Cour de Gênes, par un arrêt en date du 20 juin 1809, admit le recours en garantie des porteurs après les délais légaux, en se basant sur la force majeure, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi le 28 mars 1810 à la suite d'un réquisitoire lumineux de M. MERLIN qu'on trouve dans les *Questions de droit* au mot *Protêt*, § 8, à la page 527.

Enfin, comme des questions de cette nature se présentèrent assez fréquemment au sein des guerres dont l'Europe devint le théâtre sous l'empire, et comme il convenait de consacrer une règle au moment où le territoire de la France était envahi par les armées étrangères, le Conseil d'État fut consulté, et il rendit, le 25 janvier 1814, un avis par lequel il admit en principe que la force majeure résultant de l'invasion de l'ennemi et des événements de la guerre pouvait relever le porteur de lettres de change ou de billets à ordre, des déchéances prononcées par le Code de commerce, en laissant cependant aux tribunaux l'appréciation des faits et circonstances. Cet avis, approuvé par l'empereur le 27 du même mois, fut inséré au Bulletin des lois et doit être

[1] Locré, t. XVIII, p. 88.

[2] Voici les motifs de cet arrêt, qui fut rendu par la section des requêtes, sous la présidence de M. HENRION DE PANSEY :

« Attendu que le Code de commerce n'ayant rien statué sur le cas où des événements de force majeure auraient empêché la présentation, et, par suite, le protêt des lettres de change à leur échéance, le jugement de cette exception est abandonné aux lumières et à la conscience des juges, qui doivent la rejeter ou l'admettre, d'après les règles de la justice et de l'équité appliquées aux faits et aux circonstances que présentent les affaires qui leur sont soumises ; d'où il suit qu'en accueillant, dans l'espèce, l'exception de force majeure proposée par Oneto, la Cour d'appel de Gênes n'a violé ni le Code de commerce ni aucune autre loi : Rejette, etc. »

considéré comme obligatoire pour les tribunaux, ainsi que le fait remarquer M. MERLIN dans son *Répertoire*, au mot *Prescription*, p. 75, et au mot *Interprétation*, n° 3, p. 562[1].

Lors des événements de 1830, la Commission municipale de Paris, s'investissant d'un pouvoir dictatorial, crut devoir disposer d'une manière générale par rapport aux effets venus à échéance pendant les journées de juillet. Elle rendit, le 31 juillet, un arrêté qui fut inséré au Bulletin des lois, par lequel elle prorogea de dix jours les échéances des effets de commerce payables à Paris depuis le 26 juillet jusqu'au 15 août, et elle déclara suspendus tous protêts, recours en garantie et prescriptions[2]. Au reste, le ministre de l'intérieur[3] et le Conseil d'État[4] reconnurent plus tard qu'il n'appartenait pas au pouvoir exécutif de relever, pour force majeure, les porteurs d'effet de commerce des déchéances encourues à défaut de protêt à l'échéance; que les tribunaux se trouvaient seuls investis de l'appréciation sous le double rapport

[1] Voici les termes de cet avis du Conseil d'État : « Le Conseil d'État, qui, sur le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport fait au nom de la section de législation, sur celui du grand juge ministre de la justice, concernant la question de savoir si l'invasion de l'ennemi est un cas de force majeure qui doive faire relever le porteur des lettres de change de la déchéance prononcée par la loi du commerce, faute de protêt à l'échéance et de dénonciation dans le délai prescrit; considérant, 1° que, lors de la discussion du Code de commerce au Conseil d'État, l'opinion qui a prévalu sur cette question a été de ne point fixer de limites à l'application de l'exception tirée de la force majeure, et de laisser les tribunaux juges des cas et des circonstances qui devaient la faire admettre en matière de protêt; 2° qu'il résulte de diverses décisions des tribunaux de commerce et des Cours souveraines, notamment du jugement du tribunal de Gênes, intervenu dans la cause entre Oneto Hagerman et les frères Bodin, de l'arrêt de la Cour impériale de Gênes, du 28 avril 1809, et de celui de la Cour de cassation, du 28 mars 1810, que l'exception de la force majeure, et particulièrement celle résultant des événements de la guerre, est reçue pour relever les porteurs d'effets de commerce de la déchéance encourue à défaut de protêt à l'échéance, et de dénonciation dans les délais; et que l'application, selon les cas et les circonstances, est abandonnée à la prudence des juges; — Est d'avis : — Que l'exception tirée de la force majeure est applicable au cas de l'invasion de l'ennemi et des événements de guerre, pour relever le porteur de lettres de change et de billets à ordre, de la déchéance prononcée par le Code de commerce, à défaut de protêt à l'échéance, et de dénonciation aux tireurs et endosseurs dans les délais, et que l'application, selon les cas et les circonstances, appartient à la prudence des juges. »

[2] Duvergier, t. XXX, p. 155.

[3] Lettre du ministre de l'intérieur au préfet de Lyon, rapportée au *Moniteur* du 24 avril 1834.

[4] Ordonnance rendue en Conseil d'État le 12 novembre 1841 (Dalloz, *Répertoire*, v^is^ *Effets de commerce*, n° 634, p. 296, note 1).

du fait et du droit, des circonstances qui avaient pu empêcher les protêts et leurs dénonciations dans les délais fixés.

Enfin, lors de la tourmente commerciale occasionnée par la révolution de 1848, des décrets du gouvernement provisoire, en date des 26, 28 février et 3 mars de la même année, atermoyèrent l'échéance des effets de commerce. Deux décrets de l'assemblée nationale, des 25 et 26 juin 1848, accordèrent également des atermoiements à la suite des troubles qui ensanglantèrent à cette époque la ville de Paris.

Tels sont les documents qui se réfèrent aux questions que nous nous proposons d'examiner. On voit qu'ils admettent en principe que la force majeure peut avoir l'effet de proroger, en faveur des porteurs d'effets de commerce, le délai fixé par la loi pour les protêts et pour les recours en garantie, mais qu'*en dehors* des cas extraordinaires pour lesquels il intervient des dispositions législatives statuant d'une manière générale, l'appréciation des circonstances qui constituent la force majeure et les effets juridiques qu'elle doit produire, restent dans le domaine des tribunaux.

4. Les principes étant ainsi établis, nous allons parcourir les principales hypothèses dans lesquelles on peut avoir à en faire l'application, et nous allons surtout rechercher à la charge de qui doivent demeurer les pertes que les retards occasionnés par le force majeure peuvent amener.

5. Commençons par nous occuper du cas où le porteur de l'effet a été empêché, par un événement de force majeure, de le présenter le jour de l'échéance et, au cas de non-payement, de le faire protester le lendemain. Si l'événement qui a mis obstacle au recouvrement ou au protêt au jour fixé, est constant, si le porteur qui n'a pas été payé a fait protester aussitôt qu'il y a eu possibilité pour lui d'agir, s'il s'est empressé de dénoncer le protêt à ses garants, s'il a fait, en un mot, pour l'exercice et la conservation de ses droits, tout ce que les circonstances permettaient et tout ce qu'un homme prudent et diligent doit faire, nous déciderons qu'aucune déchéance ne doit lui être appliquée. Les tribunaux, reconnaissant qu'on ne peut pas lui imputer à faute de n'avoir pas fait dans les délais légaux ce qu'il n'était pas en

son pouvoir d'exécuter, devront déclarer son recours recevable [1].

6. Mais en admettant, dans ce cas, le recours du porteur contre les signataires, et en reconnaissant que les déchéances ne peuvent pas lui être opposées, on arrive à une question beaucoup plus grave, car on a à examiner, au fond, à la charge de qui doit être mise la perte que le cas fortuit a occasionnée. Il peut arriver que l'effet soit en souffrance, par suite de la faillite du tiré survenue depuis l'échéance, ou par suite de la faillite du tireur.

Dans la première hypothèse, s'il est établi que la provision était dans les mains du tiré à l'époque de l'échéance, le tireur et les endosseurs ne seront passibles d'aucune condamnation, et le porteur n'aura de droits à exercer que contre le tiré. Constatons, en effet, que le tireur et les endosseurs ont, dans ce cas, accompli tous leurs engagements, et qu'ils ne sont garants du payement qui doit être effectué par le tiré que jusqu'au lendemain de l'échéance. S'il est établi qu'à cette époque le tiré tenait ses comptoirs ouverts et payait les effets présentés à sa caisse, le porteur ne peut pas alléguer qu'il n'eût pas touché ses fonds s'il eût pu présenter, à l'échéance, son effet au tiré qui avait la provision dans les mains. L'événement de force majeure ne peut créer aucun droit contre le tireur et les endosseurs qui ont accompli

[1] Nous ne pensons pas qu'on doive user de la rigueur que propose M. Vincens dans l'appréciation de l'obstacle qui a empêché le protêt au jour fixé. Cet auteur veut qu'on ne considère comme de véritables cas fortuits que les événements qui occasionnent l'impossibilité la plus absolue. « Une lettre de change se perd, un courrier périt, dit-il, vous pouviez vous munir d'une seconde...., Je vous ai donné une lettre sur Madrid, et le courrier d'ici à Madrid n'aura pas été interrompu ; mais il vous aura convenu de remettre la lettre à un correspondant de Londres, et c'est de Londres à Madrid que la force majeure a fermé le passage. Pouvez-vous m'alléguer la force majeure?... » (*Législation commerciale*, t. II, p. 209.) M. Vincens pense que non. Quant à moi, je ne puis pas partager son avis. Le tireur et les endosseurs, en apposant leur signature sur un effet négociable à ordre, savent que cet effet sera mis en circulation, et contractent leurs engagements à l'égard de tout porteur français ou étranger qui se trouvera être propriétaire de l'effet à l'échéance. Ils n'ignorent pas que cet effet pourra prendre des détours pour arriver dans le lieu où il doit être payé. Quant à la précaution de se faire délivrer plusieurs exemplaires afin de les envoyer par des voies diverses, elle n'est pas pour tous les cas usitée, et il serait rigoureux d'imputer à faute de ne l'avoir pas prise à celui qui, dans un cas donné, a suivi les usages du commerce. Ce qui importe pour le porteur, c'est qu'il ne se soit en rien écarté de ce qui est dans les habitudes des commerçants, et qu'on ne puisse pas lui reprocher de n'avoir pas fait ce qu'un homme attentionné et diligent eût pratiqué dans les circonstances où il s'est trouvé.

tous leurs engagements; ses conséquences fatales doivent peser sur le porteur à qui appartient la provision : *casum sentit dominus* [1]. Dans ce cas les tribunaux, sans admettre contre le porteur à qui on n'a à imputer aucun fait, les déchéances qu'il eût encourues dans les circonstances ordinaires, devront, en statuant sur le fond, reconnaître que son recours n'est basé sur aucun droit. Remarquons même que l'aceptation du tiré suffirait à elle seule pour établir l'existence de la provision à l'égard des endosseurs (C. com. 117).

Si le tiré n'avait pas accepté et s'il n'était pas établi que la provision existât dans ses mains à l'échéance de la lettre de change, nous croyons que le tireur et les autres signataires seraient solidairement obligés d'effectuer le remboursement. Cela ne peut faire l'objet d'aucun doute pour ce qui concerne le tireur (C. com. 117, 170). Quant aux endosseurs, il est très-vrai que la loi les déclare libérés, si la lettre de change n'est pas protestée le lendemain de son échéance, et si le protêt ne leur est pas dénoncé dans les délais fixés (C. com. 165-169).

[1] « Questo deposito (la provvista) è a libera disposizione del possessore della cambiale : ed il diritto di rivolgersi a chi gliene garantisca la custodia, si ha fino allo stabilito giorno. Se nello stabilito giorno aver non si possa il deposito per qualche caso fortuito, il medesimo caso fortuito al proprietario e non ad altri non danneggia. La garanzia della esistenza di un deposito per una scadenza determinata non può confondersi colla garanzia di una obbligazione, che assicuri la solvabilità di qualche debitore. Quindi non può dirsi, che la cambiale sia presa *pro solvendo;* ma si è presa *in solutum.* Quando non si trovi nel termine prefisso il deposito, non si ha diritto contro le persone, che il deposito garantiscano, per l'accettazione della cambiale *pro solvendo;* ma bensì per la sottrazione del deposito in qualunque modo avvenuta » (Cesarini, *Principii della giurisprudenza commerciale*, 2ª ediz., p. 158, nº 18.)

Le tribunal et le conseil de commerce de Genève exposaient avec beaucoup de netteté, dans leurs *Observations sur le projet de Code de commerce*, la position respective du porteur et du tireur d'une lettre de change. « Le tireur d'une lettre de change, disaient-ils, ne prend d'autre engagement que celui de faire trouver la somme mentionnée en ladite lettre, au lieu désigné et au jour indiqué pour le payement. (Ajoutons qu'il contracte aussi l'engagement de procurer l'acceptation du tiré.) Quand il a satisfait à ces conditions, il a rempli son engagement; et dès le jour de l'échéance, ladite somme cesse d'être sa propriété. Mais jamais il ne s'est engagé de procurer au porteur les moyens d'arriver dans le lieu où la lettre de change doit être payée; ce sont uniquement les affaires du porteur, son engagement est de recevoir à l'échéance, de se présenter à cet effet à celui sur qui la lettre est tirée, et, s'il refuse de payer, de faire protester. Le tireur ne saurait donc être tenu de la force majeure qui met obstacle aux demandes du porteur. » (*Observations de tribunaux*, imprimerie de la République, an XI, t. II, 1re part., p. 414.)

Mais nous avons vu que notre législation n'entend pas consacrer cette libération d'une manière absolue et veut que les tribunaux puissent tenir compte des obstacles résultant de la force majeure de manière à arriver à une solution qui ne blesse ni les principes du droit, ni l'équité. Si le tireur est solvable, c'est sur lui que pèsera en définitive le remboursement, et cela sera de toute justice puisqu'il a reçu la valeur de l'effet sans en avoir fourni l'équivalent dès qu'il n'a pas fait la provision.

Si, au contraire, le tireur est en faillite ou n'est pas solvable, et si sa faillite ou son insolvabilité remonte à une époque qui n'est pas postérieure à l'échéance de l'effet, les endosseurs n'auront pas à se plaindre d'avoir à faire un remboursement qu'ils n'auraient pas évité lors même que l'effet eût pu être présenté au tiré à son échéance. Mais si la solvabilité du tireur n'était survenue qu'après l'échéance, il serait équitable de ne pas faire subir aux endosseurs les conséquences d'un événement de force majeure qui ne leur est pas imputable et qui ne saurait, par conséquent, aggraver leur position. La perte devrait encore être subie par le porteur.

7. Il peut arriver que le porteur ait fait protester l'effet faute de payement, le lendemain de son échéance, mais ait été empêché d'exercer dans les délais légaux, son recours en garantie contre son cédant ou contre les autres signataires. Il est dans ce cas légalement établi que le tireur et les endosseurs n'ont pas accompli l'engagement qu'ils avaient contracté de faire compter les fonds par le tiré. Sans aucun doute, le recours contre les endosseurs sera utilement exercé, et ils subiront les conséquences de la faillite ou de l'insolvabilité du tiré et du tireur, pourvu que le porteur leur ait dénoncé le fait et ait agi contre eux aussitôt qu'il aura été en son pouvoir de le faire. D'après l'esprit de notre législation, nulle déchéance n'est encourue par celui qu'un obstacle de force majeure a empêché d'agir.

8. Nous pouvons maintenant examiner une autre hypothèse, celle dans laquelle il s'agit d'un effet payable soit à vue, soit à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, que le porteur n'a pas pu présenter au tiré et faire protester dans les délais fixés par l'article 160 du Code de commerce. Dans ce cas le tireur doit

procurer le payement par le tiré pendant tout le temps déterminé par la loi, et les endosseurs garantissent l'accomplissement de cet engagement. La perte résultant de la faillite ou de l'insolvabilité du tiré, survenue pendant tout cet espace de temps, restera à la charge du tireur et des endosseurs, parce que le porteur pouvait retarder la présentation de l'effet et le protêt faute de payement ou d'acceptation jusqu'au dernier jour utile. Mais si l'insolvabilité ou la faillite du tiré qui avait la provision, n'est survenue qu'après l'expiration de ces délais, la perte sera supportée par le porteur suivant les principes que nous venons d'exposer. Si la provision n'avait jamais été faite ou avait été retirée des mains du tiré, les endosseurs pourraient être condamnés au remboursement.

9. Lorsque l'époque du payement est arrivée, et que l'obstacle qui empêche la présentation de l'effet au tiré se prolonge pendant un long espace de temps, on peut se demander ce que pourra faire le porteur qui désire rentrer dans ses fonds ; s'il ne pourra pas, sans que l'effet ait été présenté et sans faire faire de protêt, exercer contre le tireur et les endosseurs un recours utile?

Si l'effet a été accepté, comme l'acceptation établit l'existence de la provision par rapport aux endosseurs (C. com. 117), il ne pourra exercer aucun recours contre eux. Ils lui diront qu'ils ont rempli l'engagement qu'ils avaient contracté, de faire faire la provision, que le tiré était en disposition de payer à l'échéance et qu'il n'a pas éprouvé de sa part un refus qui eût pu seul ouvrir en sa faveur des droits contre eux.

Il en est autrement à l'égard du tireur ; l'acceptation ne prouve pas, à elle seule, par rapport à lui, que la provision est dans les mains du tiré (C. com. 117). Il sera donc obligé d'établir qu'il l'a faite et s'il ne rapporte pas cette preuve, les tribunaux pourront le condamner à un remboursement, car il se trouvera détenir, sans en avoir fourni l'équivalent, des valeurs que lui a comptées le preneur de l'effet.

S'il est, au contraire, établi que la provision est dans les mains du tireur, elle y restera aux risques et périls du porteur jusqu'à ce qu'il puisse la retirer ; il subira les conséquences de la force

majeure, et il ne pourra obtenir son remboursement ni du tireur ni des endosseurs.

Si l'effet n'a pas été accepté et si les endosseurs auxquels il s'adresse, ne peuvent pas établir que le tiré ait la prévision, ils pourront être condamnés au remboursement quoiqu'on ne rapporte pas de protêt. L'obstacle de force majeure et l'absence de la provision dans les mains du tiré rendent la position du porteur favorable. D'une part il est constant que les engagements qui avaient été contractés à son égard n'ont pas été remplis puisque la provision n'a pas été faite, et d'un autre côté on ne peut pas exiger de lui qu'il établisse l'inaccomplissement de ces engagements au moyen d'un protêt qu'il n'est pas en son pouvoir de se procurer. Sans doute il arrive quelquefois qu'un effet est payé par un tiré qui n'est pas couvert, mais cela n'est pas ordinaire, et il serait peu équitable de tenir le porteur en suspens, en vue seulement de cette éventualité. Mieux vaut résoudre le contrat contre ceux qui n'ont pas tenu leur promesse, puisque la prévision n'a pas été faite, en dispensant le porteur d'une formalité qui ne saurait lui être imposée puisque les circonstances ne lui permettent pas de la remplir. Remarquons que l'ordonnance de 1673 autorisait sans qu'il y eût eu de protêt et après l'expiration des délais, le recours contre les endosseurs eux-mêmes, lorsque la provision n'avait pas été faite [1]. Le Code est plus exigeant; il a imposé, pour tous les cas, l'apport d'un protêt et le recours dans des délais rigoureux, contre les endosseurs; mais il résulte des travaux préparatoires que nous avons analysés et du rejet de la proposition de M. CORVETTO [2] qu'on a voulu concilier ces rigueurs avec l'équité et autoriser une sorte de retour aux principes de l'ordonnance, lorsque la force majeure justifierait l'absence d'un

[1] L'article 16 du titre V de cette ordonnance était ainsi conçu : « Les tireurs ou » endosseurs des lettres (de change) seront tenus de prouver, en cas de dénéga- » tion, que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient redevables, ou avaient » provision au temps qu'elles ont dû être protestées; sinon ils seront tenus de les » garantir. » — « Lorsque le tireur n'est pas créancier de celui sur qui il tire, dit JOUSSE, ou qu'il ne lui a point envoyé de provision, il se trouve dans le cas de celui qui cède une dette active ou une créance qui n'existe point, et par conséquent dont il ne peut résulter aucune action qui puisse imposer au porteur la nécessité de faire aucune diligence, le cessionnaire n'ayant pas plus de droit que le cédant. » (*Commentaire sur l'article 16 du titre V de l'ordonnance de 1673.*)

[2] V. *suprà*, p. 663, n° 3.

protêt et ne permettrait un recours qu'après les délais légaux.

10. On peut encore se demander si le porteur d'un effet non échu et à échéance fixe qui comptait sur l'acceptation du tiré et qu'un obstacle de force majeure empêche de lui présenter cet effet pour le faire accepter, peut réclamer les sûretés que la loi lui permettrait d'exiger s'il rapportait un protêt faute d'acceptation (C. com. 120.)

Le tireur d'une lettre de change promet l'acceptation du tiré et les endosseurs sont solidairement garants de l'exécution de cet engagement (C. com. 118). Mais le porteur contracte, à son tour, l'obligation de faire parvenir la lettre de change au tiré s'il désire qu'elle soit acceptée (C. com. 125). Il ne peut, tant que la lettre de change n'est pas échue et sauf le cas de la faillite du tireur (C. com. 444), exercer aucun recours contre les signataires s'il ne rapporte pas un protêt faute d'acceptation. C'est ce protêt qui peut seul lui conférer l'exercice du droit que lui donne l'article 120 d'exiger du tireur et des endosseurs une caution qui lui assure le payement à l'échéance, et à défaut de caution son remboursement. Il s'agit, dans ce cas, d'un droit qui n'est accordé que sous une condition qui doit être remplie pour qu'il puisse se réaliser [1].

11. Il peut arriver qu'une lettre de change à échéance fixe ou à échéance indéterminée, soit négociée dans un lieu éloigné de celui où elle doit être présentée au tiré, et à une époque si rapprochée des jours du payement ou de l'expiration des délais légaux établis par l'article 660 du Code de commerce, qu'il soit évidemment impossible de la faire parvenir au domicile où elle

[1] « Inutilement, dit Toullier, celui à qui est imposée une condition potestative voudrait s'excuser sur un cas fortuit ou sur une force majeure qui l'ont empêché de l'accomplir malgré sa bonne volonté, quoiqu'il fût disposé et préparé à l'accomplir; il est censé que ces cas fortuits et cette force majeure sont entrés en considération dans le contrat, et qu'on n'a pas entendu que la seule bonne volonté suffirait; car, à proprement parler, il n'y a point de condition purement potestative; il peut arriver des événements qui en empêchent l'exécution. (*L. 4, § 1, D., De hæred. instit.*, 28, 5.) — Je vous ai promis 10,000 francs si vous allez à Madrid dans deux mois. Vous êtes parti pour vous y rendre; mais les ennemis se sont emparés de la ville, tous les accès en sont fermés; il est impossible que vous y arriviez. La condition n'en est pas moins censée défaillie suivant l'article 1176, quoique le non-accomplissement de la condition ne puisse pas plus vous être reproché que s'il s'agissait d'une condition purement casuelle; par exemple, s'il fait demain du tonnerre. » (*Droit civil français*, t. VI, n° 610.)

doit être payée, acceptée ou protestée, avant le terme fatal. Dans ce cas le porteur perdra évidemment tout recours contre les endosseurs qui précèdent son cédant, qui ont négocié l'effet dans des délais utiles, et auxquels nul retard ne peut être imputé. Mais pourra-t-il, s'il n'obtient pas un payement tardif du tiré, faire protester et demander au dernier endosseur qui a passé l'effet à son ordre, son remboursement? Le Code de commerce qui régit l'Espagne ne lui reconnaît le droit d'exercer ce recours qu'autant que son endosseur s'est soumis expressément à la garantie pour le cas où le protêt serait fait après les délais légaux [1]. A défaut d'une convention expresse et en présence du silence de notre Code, nous accorderions, en France, un recours au porteur qui aurait fait ses diligences avec toute la célérité qu'on pouvait exiger de lui. Il s'agit, dans ce cas, de rechercher ce que le cédant et le preneur de l'effet ont entendu faire lors de la cession. D'un côté il est naturel de supposer que celui qui négocie un effet qu'il a ainsi gardé, entend en tirer tout le parti possible et le céder avec la valeur que peut lui donner la garantie utile de sa signature [2]. D'un autre côté celui qui le prend s'engage à le présenter au tiré dans le plus court délai possible et n'est pas censé, à moins de preuve contraire, vouloir n'acquérir des droits que contre le tiré et contre le tireur. Il est de droit commun, en matière de commerce, que tous ceux qui signent un effet négociable en garantissent solidairement le payement, à condition que les fonds affectés à son acquittement seront retirés à l'échéance (C. com. 140) et le cédant qui sait que les fonds ne pourront pas être retirés au jour fixé, doit être présumé vouloir proroger le terme qui opère l'extinction de sa garantie. « Une lettre de change payable aujourd'hui à Rome, dit M. MERLIN, est endossée aujourd'hui

[1] « Art. 493. Para que el que toma por su cuenta una letra que ya no deja tiempo para presentarla al pago en el dia de su vencimiento, ó á la aceptacion dentro del término prefijado por la ley, conserve integro su derecho contra el cedente, ha de exigir de este una obligacion especial de responder del pago de la letra, aun cuando se presente y proteste fuera de tiempo. »

[2] Le crédit personnel devient dans le commerce une source de gain. Chacun étant censé spéculer au moyen de son crédit, est présumé donner les sûretés que peut procurer sa garantie. C'est sur ces considérations qu'est basée la *solidarité* qui constitue le droit commun en matière commerciale. *V.* sur ce point notre *Traité de droit commercial*, t. I, p. 544, n° 580, et les autorités qui y sont indiquées.

même à Paris d'un ordre qui en transmet la propriété à un banquier de cette dernière ville; il est bien clair que quelque diligence que fasse le porteur actuel de cette lettre de change, il ne pourra pas la faire protester demain à Rome; on ne peut donc pas supposer qu'en prenant à son compte cette lettre de change, il ait contracté l'obligation de la faire protester dès demain; il ne perdra donc pas, faute de l'avoir fait protester demain, le recours que la loi lui accorde, à défaut du payement, contre ses endosseurs[1]. »

Remarquons qu'il peut arriver, dans ce cas, que le porteur n'ait aucun droit à exercer contre le tireur, parce que la provision existait à l'échéance dans les mains du tiré (C. com. 170), et puisse cependant exercer un recours contre son endosseur immédiat qui s'est soumis à lui garantir le payement pendant le temps nécessaire pour la présentation de l'effet.

12. Tous les droits dont la lettre de change constate l'existence s'éteignent s'ils ne sont pas exercés dans un délai de cinq années à partir du jour du protêt ou des dernières poursuites, et s'il n'y a eu ni protêt, ni poursuite, à partir du jour où le protêt eût dû être fait (C. com. 189; Ordonnance de 1673, tit. V, art. 21). Cette prescription est opposable à toute personne, mais elle n'est fondée que sur une présomption de payement, et elle ne saurait être invoquée lorsque l'existence de la créance, après ce délai, se trouve établie[2]. Il en résulte que s'il survient un événement de force majeure, qui mette obstacle aux poursuites du porteur ou à l'obtention d'un jugement pendant les cinq années, la prescription ne sera pas acquise toutes les fois que les faits démontreront que le payement ou le remboursement n'a pas été effectué. Il est d'ailleurs admis en principe que la prescription ne court pas au préjudice de celui qui est dans l'im-

[1] *Questions de droit*, v° *Protêt*, § 7, p. 520.

[2] L'ordonnance de 1673 présentait sur la prescription une rédaction préférable à celle de l'article 189 du Code de commerce. « Art. 21. Les lettres et billets de change seront réputés acquittés après cinq ans de cessation de demande et poursuites, à compter du lendemain de l'échéance, ou du protêt, ou de la dernière poursuite. Néanmoins, les prétendus débiteurs seront tenus d'affirmer, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont plus redevables; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû. — Art. 22. Le contenu ès deux articles ci-dessus aura lieu à l'égard des mineurs et des absents. »

possibilité d'agir : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*[1].

13. Remarquons qu'il faudra, pour que la prescription ne soit pas opposable, que l'obstacle ait été permanent et ait duré jusqu'à l'expiration des cinq années. S'il avait cessé pendant un temps suffisant pour l'exercice des droits, la présomption de payement reprendrait son empire car elle résulterait de l'inaction du porteur dans un temps où il pouvait agir[2].

14. En résumant cette dissertation, on voit que le législateur avait à opter, par rapport à la force majeure, pour ce qui touche aux diligences que la loi impose aux porteurs des effets de commerce, entre deux systèmes opposés, car le troisième qui consistait à ne rien décider expressément, laissait à la doctrine le soin de résoudre ce que la législation ne voulait pas établir d'une manière expresse, dans la crainte de poser des règles trop absolues. — 1. Dans le premier de ces systèmes, celui adopté par M. CORVETTO, rien n'était laissé à l'arbitraire des juges, nulles questions contentieuses ne pouvaient être soulevées, le temps éteignait tous les droits, sans égard pour la force majeure, sans s'arrêter par des considérations d'équité et avec cette inflexibilité qui se rattache à son action[3]. — 2. Dans l'autre système qui a prevalu en France, on subordonne les déchéances prononcées par l'article 168 du Code de commerce, à la possibilité d'accomplir les obligations que la loi impose au porteur et on fait fléchir par des considérations de justice et d'équité, ce que l'application trop stérile d'une règle absolue pourrait avoir de dur. Ce second système est préférable au premier, dans un État tel que la France ou la justice est bien administrée et où on n'a pas à craindre que les tribunaux abusent, en appréciant les faits, de la latitude que leur

[1] *V.* Merlin, *Répertoire*, v° *Prescription*, p. 755. — Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 727.

[2] *Sic* Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 728.

[3] M. CESARINI se montre partisan de ce système dans ses *Principii della giurisprudenza commerciale*, 2e ediz. Macerata, 1840, p. 158, n° 21 et seq. La chambre et le tribunal de commerce de Genève avaient proposé de l'adopter, dans leurs observations sur le projet de Code de commerce, et c'est sans doute à ces observations que se rattachait la proposition de M. Corvetto. *V.* les *Observations des tribunaux sur le projet de Code de commerce*, imprimerie de la République, t. II, 1re part., p. 414.

laisse la loi pour appliquer les doctrines pures. Il importe, sans doute, que les engagements que contractent les négociants dans les opérations nombreuses auxquelles ils se livrent, ne se perpétuent pas au delà d'un temps déterminé, afin que leur crédit ne soit pas altéré par la multiplicité de garanties qui pèseraient sur eux sans utilité. Mais nuls inconvénients ne peuvent résulter de ce qui n'est établi que pour quelques cas exceptionnels très-rares et le législateur a agi sagement en consacrant, sur ce point, un état de chose propre à concilier les intérêts du crédit avec les exigences de l'équité. Nous avons, au reste, remarqué que les dispositions du projet du Code de commerce qui relevaient expressément, pour le cas de force majeure, de l'obligation de faire protester les lettres de change le lendemain de leur échéance, n'avaient été vivement critiquées que par le Tribunal et le Conseil de commerce de Genève et avaient reçu l'approbation de la plupart des corps auxquels ce projet avait été communiqué [1].

VICTOR MOLINIER.

DE L'INTERVENTION

EN MATIÈRE CRIMINELLE, CORRECTIONNELLE ET DE POLICE.

Par M. AMB. VENTE,
Substitut au Tribunal de Beauvais.

Les mots *Intervention*, *Intervenir* sont inusités dans le langage criminel. Nulle part la loi criminelle ne les a employés. C'est au droit civil que nous devons demander leur sens.

On appelle *Intervention* toute demande incidente formée dans

[1] *V.* les *Observations des tribunaux* publiées en l'an XI, *passim*. — Quelques tribunaux de commerce demandaient qu'on fût tenu d'énoncer dans le protêt l'obstacle qui l'avait retardé. Le tribunal, le bureau et le conseil de commerce de TOULOUSE désiraient que l'article 123 du projet que nous avons rapporté ci-dessus, p. 663, à la note, fût plus explicite, en énonçant à la fois la *force majeure* et le *cas fortuit*. (*Observat. des tribunaux*, t. II, 2e part., p. 538.)

le cours d'un procès par un tiers qui vient y prendre part, et qui veut faire statuer par le jugement sur les droits qu'il prétend avoir dans la contestation. C'est l'intervention *volontaire*. Mais on distingue de celle-ci l'intervention *forcée* qui a lieu lorsque l'une des parties qui figurent au procès met un tiers en cause, afin que le jugement soit déclaré commun avec lui. Le plus souvent l'intervention forcée dérive d'une demande en garantie. L'action doit être admise toutes les fois que la partie qui l'exerce démontre qu'elle y un intérêt sérieux et légitime.

En matière criminelle, cette double intervention est-elle possible? Suffit-il d'un intérêt sérieux et légitime pour l'autoriser? Il faut répondre par une distinction.

L'intervention volontaire est possible, mais dans le cercle étroit que la loi même lui a tracé sous le nom d'action civile : hors de là, elle ne l'est pas. L'intervention forcée est toujours impossible. Démontrons-le.

L'intervention, sous quelque forme qu'elle se produise, a pour effet direct de saisir la juridiction criminelle d'une prétention, d'une demande. Or le droit de saisir cette juridiction a été réglé par la loi d'une manière complète *et exclusive de toute autre*. L'article 1er du Code d'instruction criminelle crée à cet effet deux actions, et n'en crée que deux : 1° l'action publique, exercée dans l'intérêt de la société, et n'appartenant qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi; 2° l'action civile, exercée dans l'intérêt privé, en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, par une contravention, et qui peut l'être par tous ceux qui ont souffert ce dommage.

Il en devait être ainsi. La juridiction criminelle n'est instituée que pour réprimer le préjudice causé à la société par certains faits. Rigoureusement donc on pouvait en interdire l'accès à l'intérêt privé lésé par le même fait que la société, et renvoyer cet intérêt devant les juges naturels, les juges civils. Cependant, dans un but d'ordre public plus élevé, pour éviter autant qu'il est possible le conflit des juridictions, la contrariété des jugements, l'embarras et la multiplicité des procédures, prenant aussi en considération la corrélation intime de deux actions poursuivant l'une et l'autre la réparation du même acte dans un but différent

mais par les mêmes moyens, la loi déroge à son principe[1] : elle permet d'intervenir devant le juge de répression pour lui demander la réparation du dommage causé par le fait dont il connaît.

Mais l'exception doit être restreinte dans la stricte formule. Toutes les fois qu'on ne demandera pas la réparation de ce dommage, il ne sera pas permis d'intervenir par la voie de l'action civile, et, comme il n'y a point devant la juridiction criminelle d'autre action ouverte à l'intérêt privé, cet intérêt n'y pourra jamais intervenir, fût-il d'ailleurs le plus urgent, le plus légitime. Il peut et doit se pourvoir ailleurs.

Envisagé à ce point de vue général, la question ne présente aucune difficulté. Ni dans les auteurs, ni dans la jurisprudence, nous n'avons rencontré l'expression de la doctrine contraire[2].

Mais si l'on entre au cœur de la question, il est un cas unique, vraiment exceptionnel, où de bons esprits pensent que l'intervention volontaire ou forcée doit être admise. M. Mangin le décide ainsi[3] et son autorité est trop considérable pour que nous ne devions pas étudier à fond sa doctrine qui nous paraît inacceptable. Voici comment s'exprime cet auteur : « Si le prévenu » prétend qu'il a commis le fait de la prévention par l'ordre d'un » tiers dont il n'a fait qu'exercer le droit, il ne peut, à la vérité, » au nom de ce tiers, élever la question préjudicielle, mais il » peut l'appeler dans la cause : le tiers peut même y intervenir » volontairement, et élever utilement la question préjudicielle. » Ce n'est là que la conséquence nécessaire des principes exposés » dans le numéro précédent. » Ces principes, nous devons les rappeler brièvement : 1° Lorsque le fait incriminé est commis sur *un immeuble*, si le prévenu prétend qu'il avait le droit d'agir parce qu'il est propriétaire de l'immeuble, le juge criminel doit

[1] Il est évident qu'ici, et *pro subjecta materia*, je n'envisage l'action civile que comme droit d'intervention, et non comme droit de saisir directement le juge criminel. A ce nouveau point de vue, d'autres motifs faisaient encore un devoir au législateur de consacrer cette action ; mais ce n'est point ici le lieu de rapporter ces motifs.

[2] On ne peut prendre, en effet, comme contraire, l'arrêt de la cour de cassation du 10 mai 1845 (*Bulletin criminel*, p. 279, n° 170). Malgré le vague de sa rédaction, on voit, en l'étudiant, que la portée doit en être restreinte à l'espèce que nous allons examiner plus loin.

[3] *Traité de l'action publique*, t. I, p. 517, n° 217.

renvoyer le jugement de cette exception à la juridiction civile. Il est incompétent pour connaître d'une question préjudicielle de propriété immobilière. 2° L'exception doit être de nature à ôter au fait tout caractère de délit. 3° Elle doit être personnelle au prévenu. Toutefois (et c'est ici que M. Mangin introduit la dérogation que nous venons de voir au principe qu'il n'est pas permis d'intervenir en matière criminelle), lorsque le prévenu prétend avoir agi par l'ordre d'un tiers, comme il ne pourrait soulever l'exception de propriété, puisqu'il n'est pas personnellement propriétaire, et que cependant cette exception justifierait les ordres et leur exécution, alors il y aurait lieu d'admettre l'intervention volontaire ou forcée du propriétaire qui, lui, aurait le droit de soulever la question préjudicielle de propriété.

Sur ce point spécial, la doctrine de M. Mangin est aussi celle de MM. Carnot[1] et Morin[2] et celle de la Cour de cassation[3]. Mais ni ces auteurs ni la Cour n'ont cru devoir la motiver, et peut-être est-il permis de croire que s'ils eussent examiné la question sous toutes ses faces, l'avis qu'ils ont émis n'eût pas été le même[4].

Disons de suite que si la procédure indiquée par M. Mangin était nécessaire, elle serait juste; car on ne doit refuser au prévenu aucun moyen de justifier sa bonne foi ou son droit, et les règles les plus rigoureuses de compétence ne sauraient entraver le libre exercice de la défense.

Mais est-elle nécessaire? Nous ne le croyons pas.

Prenons le fait matériel incriminé pour établi. Il n'y a délit que s'il y a, en outre, intention coupable de la part du prévenu. Or, il n'est pas indispensable pour démontrer la bonne foi, l'absence d'intention coupable, d'établir que la propriété appartenait à celui dont on exécutait les ordres. Il suffit de prouver qu'on ignorait, ou qu'on avait de justes raisons d'ignorer que l'on

[1] Carnot, *De l'instruction criminelle*, t. I, p. 429, nos 12 et 13.

[2] Morin, *Répertoire du droit criminel*, v° *Question préjudicielle*, n° 22.

[3] Cassation, 24 octobre 1817, cité par Mangin, non retrouvé au *Bulletin criminel*. — 1er septembre 1832, *Bulletin criminel*, p. 470, n° 337. — 13 novembre 1835, *Bulletin criminel*, 1835, p. 504, n° 410. — 10 mai 1845, v. *supra*.

[4] Nous regrettons de ne pouvoir donner ici l'opinion de M. Faustin Hélie, mais l'éminent jurisconsulte n'a pas encore publié la partie de son traité relative aux questions préjudicielles.

commettait un délit, et que celui dont on exécutait les ordres n'était pas propriétaire, ce qui n'implique en aucune façon la question de propriété, ce qui en est tout à fait distinct. Admettons, au contraire, que le prévenu a agi de mauvaise foi, qu'il a su que la question de propriété était au moins douteuse, et que dès lors il est responsable de son propre fait; le maître ou mandant sera complice de ce fait; il sera actionné comme complice. La défense de celui-ci sera celle de l'agent direct du délit : ce sera une défense commune, mais il n'y aura point d'*intervention* à provoquer.

Il faut donc supposer, pour arriver à parler d'intervention, que le maître ou mandant n'est point, par une circonstance quelconque, poursuivi comme complice, ou qu'il s'agit soit d'une contravention, soit d'un délit que la bonne foi ne saurait excuser. Le prévenu allègue que l'acte a été commis sur un immeuble appartenant à celui dont il a exécuté les ordres. Pourra-t-il soulever seul l'exception préjudicielle de propriété?

M. Mangin dit non, parce que cette question ne lui est pas personnelle[1]. Cet auteur me paraît se tromper, d'abord parce qu'il refuse au prévenu l'emploi d'un moyen qui lui est non-seulement utile, mais même indispensable, ce qui est contraire au principe de la libre défense, principe supérieur à tout autre, si la loi ne l'exclut formellement; ensuite parce que M. Mangin lui-même est obligé de reconnaître que cette exception compète au prévenu. Qu'est-ce autre chose en effet, si l'on ne veut pas jouer sur les mots, que de lui permettre de mettre en cause le propriétaire qui n'interviendrait pas volontairement? Il suffit, malgré les termes un peu exclusifs de l'article 182 du Code forestier, que l'exception soit personnelle à celui dont il a exécuté les ordres. Je dis donc que le prévenu pourra soulever ici la question préjudicielle de propriété; et, dans ce système, il est évident qu'il n'y a plus d'intérêt possible à l'intervention.

L'exception admise en la forme, il devra la justifier au fond.

Comment le fera-t-il, dira-t-on, si le propriétaire n'est pas en cause? Le voici.

[1] Art. 182 Code forestier.

Si le maître ou commettant agit vraiment d'accord avec le prévenu, s'il eût consenti à intervenir volontairement, il se pourvoira devant les juges civils spontanément, comme il l'eût fait en vertu du jugement qui aurait admis son intervention et dont il n'avait pas besoin pour provoquer la décision civile.

Que s'il ne veut pas saisir de la question préjudicielle le tribunal compétent, que fera le prévenu? Que feront les juges?

Le prévenu justifiera de ce refus d'agir. Le juge appréciera. Dans le doute il acquittera[1]. Mais là se bornent le droit du prévenu et le pouvoir du juge.

Quant à contraindre le maître ou commettant à intervenir, et à saisir les tribunaux civils de la question de propriété, cela est impossible. Aucun pouvoir judiciaire ne peut l'imposer.

Insistons sur ce point : comme élément pratique de décision, il est capital dans la question.

M. Mangin n'a pas recherché ce qui arriverait si la partie mise en cause par le prévenu en vertu d'une décision du tribunal répressif, refusait d'intervenir, ou si, consentant à intervenir, elle refusait ensuite de soumettre la question préjudicielle aux tribunaux civils. Il est certain pourtant que la loi ne donne aucun moyen de l'y contraindre. On me dit : Vous interviendrez. Si je n'interviens pas, où est la sanction de cet ordre dans la loi criminelle? Nulle part. La loi permet de punir un témoin qui ne comparaît pas, ou qui refuse de déposer. Mais celui qui refuse d'intervenir et de se faire partie dans une instance, où est la loi qui le punit?

Veut-on que le juge criminel puisse d'office saisir de la question le tribunal civil compétent? Quelle loi lui donne capacité à cet effet? Veut-on qu'il puisse, de nécessité, trancher lui-même la question préjudicielle? Mais c'est précisément le pouvoir qu'on lui refuse. Et d'ailleurs en quoi ce jugement lierait-il le propriétaire qui n'y est pas partie, qui n'y a pas été appelé, qui n'y est pas défendu suivant les formes sacramentelles et tutélaires

[1] L'abus qu'un prévenu de mauvaise foi peut faire de ce moyen préjudiciel n'est pas plus à craindre dans notre système que dans le système contraire, parce que la personalité de l'exception n'est pas la seule condition dont il faille justifier pour la faire admettre, et que le juge pourrait la rejeter aussi bien proposée par l'intervenant que par le prévenu.

que la loi civile garantit à tout droit contesté, et qui ne peuvent être transportées devant la juridiction criminelle.

Ainsi donc, nul moyen de contraindre à intervenir la partie qui s'y refuse. En droit civil, on donne défaut contre elle, puis on la tient pour valablement mise en cause, et le jugement à rendre lui devient commun. Il la lie, parce que les juges civils ont pouvoir et qualité pour imposer l'intervention. En droit criminel, il n'en est point ainsi. Les juges sont sans pouvoir à de telles fins. Ils ne pourraient même pas condamner aux dépens. Ce serait une peine qu'ils prononceraient, et la loi ne les y autorise pas.

On le voit donc : l'intervention forcée est impossible parce que la loi n'a donné aucun moyen d'en assurer l'exécution. L'intervention volontaire est inutile. Et c'est aussi pour cela que la loi n'a autorisé ni l'une ni l'autre, ou plutôt qu'elle a circonscrit cette procédure dans le cercle très-étroit de l'action civile.

Cette raison, tirée tout à la fois du texte et du silence de la loi est péremptoire par elle-même. Il nous suffirait de l'alléguer pour justifier notre doctrine. Mais nous voulons aller plus loin, et démontrer que le législateur a sagement agi en proscrivant cette action en matière criminelle, parce que l'intervention n'est utile à personne, pas même au prévenu ; parce que, si on l'admettait à d'autres fins que l'action civile, elle aurait pour résultat de contrarier l'action publique entre les mains du ministère public, d'embarrasser l'instruction et les débats d'une action en quelque sorte parasite, d'ouvrir quelquefois au prévenu un moyen facile d'éluder l'accusation la plus légitime, enfin de créer au juge une situation incompatible avec la dignité de la justice en lui permettant d'ordonner sans lui donner le pouvoir de contraindre.

Nous reprenons ici l'examen de la question à son point de vue le plus général, les considérations que nous avons à développer s'appliquant au cas spécial prévu par M. Mangin aussi bien qu'à tout autre.

Et d'abord notre doctrine blesse-t-elle aucun intérêt sérieux et légitime? Porte-t-elle préjudice soit au prévenu, soit à celui qui prétendrait intervenir ?

Quant à l'intervenant, son intérêt est moral ou pécuniaire. Moral : soit qu'il veuille lutter avec le prévenu contre une action dont la flétrissure rejaillit sur tous les deux, soit qu'il veuille agir pour lui-même contre le prévenu dont la défense lui est préjudiciable. Dans le premier cas, l'*intervention* (et il ne faut pas confondre l'intervention avec la présence au procès comme conseil, par exemple) l'intervention est inutile, parce qu'il y a d'autres moyens d'aider la défense, et de faire sentir son action : nous l'allons voir. Dans la seconde hypothèse, il serait exorbitant d'admettre dans l'instance un tiers qui, hors des cas prévus par la loi, viendrait joindre son action à celle du ministère public pour faire condamner le prévenu. Ce ne serait pas seulement illégal : ce serait inique.

Que si cet intérêt est pécuniaire, il n'y a pas davantage pour lui de motif d'intervenir, parce que tout ce qu'on jugera sans lui lui sera étranger, ne l'engagera en rien, ne le dépossédera de rien. Il n'est pas partie au procès. Ainsi, en matière de vol, s'il s'agit d'un vol simple, le tribunal correctionnel n'ordonne pas la restitution des objets volés. Dès lors point de préjudice possible pour le propriétaire qui n'intervient pas. S'il s'agit de vol qualifié, la Cour d'assises peut ordonner la restitution des objets volés au propriétaire, même lorsqu'il n'est pas partie ci-civile au procès (Instruction criminelle, art. 366). Mais si, à son défaut, en son absence, un tiers faisait prononcer à son profit la restitution des objets volés, cette attribution ne déciderait certainement pas entre eux la question de propriété [1].

Recherchons maintenant si l'intérêt du prévenu peut justifier cette procédure.

S'il ne s'agit que d'apporter à la défense aide et assistance, il n'est pas besoin d'intervenir. La loi n'impose à cette défense aucune autre limite que le respect de la loi même. (Instruction criminelle, art. 311.) Elle laisse, en principe, au prévenu le droit de communiquer avec tout le monde : il est donc possible à quiconque y a intérêt de se concerter avec lui, et d'organiser la défense, au besoin même de la présenter. (Instruction criminelle, art. 152, 295.)

[1] Cubain, *Traité des cours d'assises*, n° 702.

Veut-on de plus tenter de soustraire le prévenu à la responsabilité de l'acte qu'il a commis, en le revendiquant pour soi-même? L'intervention serait ici impossible, parce qu'elle tendrait à produire un résultat formellement contraire à l'esprit de notre loi pénale. Le prévenu ne peut s'excuser sur la faute ou sur l'ordre d'autrui du crime ou du délit qu'il a commis. (Code pénal, 64.) L'agent du fait incriminé en est personnellement responsable. Le prévenu n'a donc légalement aucun intérêt à une telle intervention : encore bien moins l'intervenant.

Maintenant en quoi l'intervention peut-elle créer une sorte de conflit avec l'action du ministère public? Si on la suppose admise, et que l'intervenant ne puisse justifier la part qu'il a prise indirectement au fait incriminé, le voici devenu complice. Que fera le juge? Statuera-t-il sur la culpabilité de ce complice? Il n'en a pas le droit, pas plus qu'il n'a celui de statuer civilement si l'intervenant n'est pas partie civile. En effet, le juge n'est pas saisi criminellement. Si vous admettez qu'il le soit, c'est permettre à un simple particulier, en s'introduisant dans le débat comme responsable du fait de ses agents et en provoquant ainsi la responsabilité qui lui incombe, de mettre en mouvement contre lui-même l'action publique. Or le ministère public, sauf quelques exceptions qu'il est inutile de rapporter ici, est seul maître de cette action. On ne peut donc pas dire que le juge soit saisi.

Mais s'il ne peut statuer ni criminellement, ainsi qu'il faut le reconnaître, ni civilement, ainsi que nous l'avons vu plus haut, que fera-t-il donc? Qu'est-ce qu'une procédure qui le saisit, sans qu'il puisse prononcer? On comprend l'assistance de l'intervenant aux débats comme témoin à charge ou à décharge : le juge n'a point à statuer à son égard. Mais, comme partie? Non. Il ne peut être partie sans prendre des conclusions personnelles, et il ne peut prendre des conclusions sans que le juge statue. Ce sont là des principes élémentaires en droit.

Une action qui n'en serait point une, ou qui contrarierait celle que la loi réserve au ministère public exclusivement, voilà, répétons-le, ce que serait l'intervention devant les tribunaux de répression, si on l'admettait.

Si nous examinons ensuite le rôle que joue l'intervenant dans

la plupart des cas, non point peut-être celui où il intervient pour revendiquer une responsabilité, mais au contraire celui bien plus fréquent où il voudrait décliner celle que lui imputerait le soupçon public et défendre son honneur indirectement compromis, quel élément de trouble jeté dans le débat! Préoccupations et passions personnelles, récriminations, incidents étrangers aux faits de la prévention! Que sera-ce s'il y a opposition d'intérêt entre l'intervenant et le prévenu? Qui n'a l'expérience de ces débats déplorables qui, dans les procès criminels, s'élèvent quelquefois de prévenus à témoins? Que seront-ils, si ce n'est plus un témoin, mais une partie intéressée qui les suscite ou les soutient? Notre loi a créé des conditions rigoureuses à l'action civile, parce qu'elle a senti combien cette action était contraire à la libre marche du débat et aux intérêts du prévenu. Et l'on admettrait, sans autorité, l'action de l'intervenant qui n'aurait d'autre garantie que l'examen du juge, puisque la loi ne lui a nulle part imposé de condition!

Ce n'est pas tout : cette action fournirait parfois au prévenu un moyen facile de se soustraire à la prévention. Prenons l'hypothèse présentée par M. Mangin. Le prévenu a commis un délit sur un immeuble par l'ordre d'un tiers. Il soulève la question préjudicielle de propriété et demande la mise en cause de son mandant. L'exception est concertée entre eux. Le mandant intervient, mais il refuse de porter l'exception devant les juges civils. Que fera le juge de répression? Dans le doute, ne devra-t-il pas acquitter? Et ce doute, le prévenu ne sera-t-il pas souvent le maître de le soulever presqu'à sa volonté? Au contraire, supprimez l'intervention. Appelez l'intervenant comme témoin à charge ou à décharge de l'instruction : il faudra bien qu'il parle, car le juge a contre lui, contre son refus de comparaître ou de déposer, des moyens de coercition presque toujours assez puissants pour empêcher la collusion du témoin avec le prévenu.

Nous avons dit que le juge ne pouvait contraindre à intervenir la partie qui s'y refusait. N'est-ce point là une dernière raison qui démontre la nécessité d'écarter une telle action de notre procédure criminelle? On ne comprend pas le juge prescrivant et ne pouvant se faire obéir, ordonnant et ne pouvant contraindre.

L'impuissance de la justice est toujours un scandale, et si grave, à mon sens, qu'il me paraîtrait moins dangereux d'assurer au magistrat le pouvoir de commettre une injustice que de lui enlever le pouvoir de faire exécuter une sentence juste.

Nous croyons avoir démontré d'une manière certaine la proposition que nous avons émise, que l'intervention est inutile et impossible en matière criminelle.

La jurisprudence antérieure à 1789 avait consacré ce principe. On peut voir dans le Répertoire de M. Merlin, au mot Intervention, § 2, les nombreuses autorités citées dans ce sens, Denisart, Jousse, Serpillon, et l'arrêt du Conseil d'État du 14 août 1780, ainsi que le mémorable plaidoyer de Lally Tollendal contre le conseiller Duval d'Épremesnil. M. Merlin lui-même paraît donner son adhésion à cette doctrine.

Depuis elle n'a pas été contredite, que nous sachions, dans sa généralité, si ce n'est par M. Carnot (*loc. sup. cit.*). D'un autre côté, nous avons vu que dans le cas spécial examiné par M. Mangin, la Cour de cassation avait suivi l'avis de cet auteur. La question n'est pas, nous l'avouons, sans difficulté. Mais que l'on médite sérieusement ces deux points : Si le mandant, appelé en cause par le prévenu, refuse d'intervenir, la justice peut-elle l'y contraindre ? — Son refus de faire juger la question préjudicielle peut-il enlever au prévenu le droit d'opposer cette exception, lorsqu'elle est fondée sur un titre apparent appartenant à son mandant et qu'elle est de nature à ôter à son fait tout caractère de délit ? — Et nous sommes persuadés qu'on arrivera nécessairement à conclure avec nous qu'en toute circonstance, c'est avec raison que le Code d'instruction criminelle a proscrit l'usage de cette procédure devant nos tribunaux.

AMB. VENTE.

DES JUSTICES SEIGNEURIALES.

Par M. LAFERRIÈRE,
Ancien conseiller d'État, inspecteur général des Facultés de droit.

I. Trois principaux systèmes ont partagé les auteurs sur l'origine des justices seigneuriales.

Balde et Dumoulin attribuaient cette origine à la Novelle 80 de Justinien dans laquelle ils croyaient, par erreur, retrouver une juridiction de premier degré en faveur des propriétaires sur leurs fermiers et domestiques [1].

Loyseau l'attribuait à l'usurpation des seigneurs sur la justice royale [2].

Montesquieu la rapportait à la nature même du service féodal, et regardait la justice comme une dépendance du fief [3].

Les feudistes et les autres écrivains se sont plus ou moins rapprochés de l'un de ces trois systèmes; mais celui de Montesquieu a conservé le plus d'autorité parmi nos auteurs contemporains. L'opinion de Loyseau, qui avait été adoptée presque généralement jusqu'à l'auteur de l'*Esprit des lois*, est abandonnée aujourd'hui comme empreinte d'un préjugé trop haineux contre les institutions féodales. Cependant Merlin, dans un travail publié avant 1789, en adoptant l'avis de Montesquieu, faisait observer que l'opinion de Loyseau, rejetée à juste titre dans son sens absolu, restait vraie en ce qui concernait le *dernier ressort*, qui n'a été longtemps attribué aux justices seigneuriales que par une visible usurpation sur les droits de la couronne [4].

Parmi les auteurs contemporains, MM. Pardessus, Beugnot, Lehuërou, Faustin Hélie [5] ont suivi la doctrine de Montesquieu.

[1] Dumoulin, *De Feudis*, 83, n° 9. — D'Argentré a prouvé l'erreur de l'argumentation de Dumoulin.

[2] Loyseau, *Des Seigneuries*, ch. 10, n° 47. — Basnage, Cout. de Normandie, tit. 1, p. 52.

[3] *Esprit des lois*, XXX, 20.

[4] Merlin, *Du roi* (dans les Offices, recueil de Guyot, t. I, p. 147).

[5] M. Pardessus, t. XXI des Ordonnances. Introduction. — M. Beugnot, Assises de Jérusalem, Cour des barons, p. 303 (note). — M. Lehuërou, *Inst. mérov. et carl.*, t. II, p. 255. — M. Faustin Hélie, *Introd. à l'Inst. crim.*, I, 301.

M. Championnière, dans un traité relatif au droit du moyen âge[1], s'en est écarté. Il a cherché l'origine des juridictions dans les traditions romaines, mais sans adopter l'hypothèse erronée de Dumoulin. Cet auteur si recommandable, enlevé trop tôt à la science, a cru reconnaître que les mots *beneficium* et *honor* avaient ordinairement, dans les monuments de la basse latinité, deux significations bien distinctes; que le mot *honor* comprenait la cession des tributs, du cens, des droits et amendes; que le mot *beneficium* s'appliquait seulement à la terre. Il a cru pouvoir établir par des textes que, dans le droit féodal, Justice répond à *Honor* comme Fief répond à *Beneficium;* que le droit de justice a été la conséquence de l'exercice ou de la cession du droit de tribut et de cens, et que l'officier chargé de percevoir le tribut a exercé le droit de justice pour en assurer la perception; que le tribut étant d'origine romaine, la justice territoriale devait avoir la même origine; que si *honor* et *beneficium*, justice et fief ont été quelquefois réunis, ils étaient toujours séparés *in intellectu*, souvent *in actu;* que, dès l'origine, justice et fief se trouvaient l'objet de *deux concessions* distinctes en faveur de personnes différentes, et qu'en un mot, *justice et fief*, au moyen âge comme dans les temps postérieurs, *n'avaient rien de commun*[2]. — Ce système est très-ingénieusement développé par l'auteur, mais il ne repose, en définitive, que sur le sens équivoque du mot *honor*, dont M. Championnière force l'interprétation en affirmant que toujours, ou du moins jusqu'en l'année 866, *honor* suppose la propriété des tributs[3].

L'affirmation n'est pas appuyée sur les textes. *Honor* signifiait quelquefois, dans le sens général, dignité, charge ou office: ainsi, dans la loi des Lombards, il est dit que le comte ne doit rien extorquer par violence de ses arimans, sous peine d'être privé de son honneur propre ou de sa charge, *honore proprio sive ministerio privetur*[4]. Mais le terme *honor* joint à la possession

[1] M. Championnière, *Traité des eaux et de la propriété féodale*, p. 161 et s.

[2] Pour les preuves, par les monuments les plus certains, de l'antique union du fief et de la justice, voir *infrà*, p. 694, dans le texte et les notes.

[3] M. Championnière, p. 161.

[4] *Lex Lombard.*, lib. 3, tit. 12, § 5. Nemo comes, neque loco ejus positus, neque sculdaslus ab arimannis suis aliquid per vim exigat, si vero de prædictis personis publicis hic irritum fecerit, *honore proprio sivo ministerio privetur.*

des terres et seigneuries était employé dans le même sens que *beneficium*, *fiscus*, *possessio* : ainsi, dans le Capitulaire de l'an 823, il est dit, ch. xv, que le violateur de la paix doit être conduit devant le roi ou le *missus*, pour être puni selon l'importance de son crime, et que le seigneur sera privé de sa terre, *honore suo privetur*, s'il amène avec lui un tel homme sans l'avoir contraint à exécuter l'ordre du roi, ou sans l'avoir corrigé comme il convient[1].

Au livre IV des Capitulaires d'Ansegise, il est un texte encore plus décisif, parce qu'il rapproche les mots *honor* et *justitia* et prouve qu'ils ne sont pas pris l'un pour l'autre, comme le suppose à tort l'auteur que nous combattons : « Que nos envoyés » qui auront trouvé un évêque, un abbé ou tout autre, *investi* » *de quelque terre* (*quocumque honore præditum*), qui n'aura » pas voulu rendre *justice* ou s'y sera opposé, s'établissent et » vivent à ses dépens jusqu'à ce que justice ait été faite dans ce » lieu[2]. »

Le système qui prétend séparer, dès l'origine, la justice et le bénéfice en se fondant sur la distinction supposée de l'*honor* et du *beneficium*, est donc contredit par des monuments très-précis, et il n'est pas possible de soutenir, en présence des textes que nous venons de signaler, qu'en l'année 866 le mot *honor* ne signifiait encore que la propriété des tributs[3]. Il signifiait en même temps bénéfice, propriété des tributs ou du cens et droit de justice, toutes les fois qu'il était uni à l'idée de possession de terres et seigneuries; dans les autres cas, il voulait dire charge, office et dignité, mais alors il n'avait plus le sens que lui assigne la langue du droit féodal.

[1] Pacis violator juxta facinoris qualitatem sive coram Nobis, sive coram Misso nostro, dignas pœnas persolvat; et *Senior* qui secum talem duxerit quem aut constringere noluit aut non potuit ut nostram jussionem servaret..... aut eum corrigere sicut decet neglexerit, *honore suo* privetur. (*Capitul.*, ann. 823. — Baluz., I, 637.)

[2] Ut ubicumque ipsi Missi aut Episcopum, aut Abbatem, aut alium quemlibet *quocunque honore* præditum invenerint, qui *justitiam* facere noluit vel prohibuit, de ipsius rebus vivant quandiu in eo loco justitias facere debent. (*Cap.*, *Ansegis.*, lib. IV, art. 66.)

[3] M. Championnière, *loc. cit.*, p. 161. — On peut consulter, à ce sujet, le savant mémoire de Husson, présenté au Conseil d'État en 1668. (*Journal du Palais* de Blondeau, in-f°, I, p. 479.)

M. Championnière a été certainement plus habile que Dumoulin dans ses efforts de philologie pour rattacher l'origine des justices seigneuriales aux traditions romaines; mais, au fond, il nous paraît s'être écarté des probabilités historiques bien plus que le grand jurisconsulte du XVIe siècle. L'erreur de Dumoulin était dans la source législative, invoquée par lui, plutôt que dans la proposition considérée en elle-même. En effet, la juridiction seigneuriale emporte si bien avec elle l'idée primitive d'une juridiction domestique attachée au sol, comme l'entrevoyait le grand jurisconsulte à travers une Novelle de Justinien, que les justices seigneuriales ont pris souvent le simple caractère de *justice foncière*, *justitia de fundo terræ*[1]. Dans un grand nombre de coutumes, la justice foncière est tantôt égale, tantôt inférieure dans ses attributions à la basse justice. On la trouve avec l'un ou l'autre de ces caractères, notamment dans les coutumes du Loudunois (chap. 1, art. 13), d'Anjou (liv. I, tit. 12, chap. 13), du Maine (art. 297), de Châteauneuf (art. 142), de Chartres (art. 109), du Poitou (tit. 21, art. 55), de l'Angoumois (tit. 12, art. 35). Elle est mentionnée, avant la rédaction officielle des coutumes, par le grand Coutumier (IV, ch. 5), par la Somme rurale de Bouteillier (I, tit. 91); et c'est une juridiction tellement inhérente à la terre elle-même qu'elle est qualifiée par les auteurs de *jurisdictio prædialis*, *seu fondiana*, *et fondaria*[2]. « Le droit de rendre la justice, dit Hervé, n'était pas, à propre-» ment parler, *concédé*, il était transmis avec les terres. Dans les » premiers temps on ne concédait pas plus une justice qu'on ne » concédait des serfs, en concédant ou en vendant une terre; ils » passaient de main en main avec la terre, comme un accessoire » de la terre, et le *droit de justice* passait avec eux aussi de main » en main, parce qu'il était inhérent à la culture et à l'exploita-» tion des terres. Le droit de rendre la justice alors était bien » moins un droit qu'un devoir et une charge indispensable de la

[1] Brodeau, Cout. de Paris, I, p. 826.

[2] Langovall., *De jurisdict.* — Brodeau, Cout. de Paris, I, 826. — Chopin, Cout. de Paris, I, tit. 2, n° 9. — Dumoulin, Cout. de Paris, § 526, n°s 56-77-164. — *Ad Galli Quæst.* 52. — Loyseau, *Seigneuries*, chap. 7, n°s 30-44-61. - Houard, *Dict. du droit normand*, v° *Fief*, p. 451.

» propriété [1]. » — L'opinion de Dumoulin et celle d'Hervé, à deux siècles de distance, sont identiques, sauf la citation erronée de la Novelle 80. — Cette justice foncière, inhérente au sol de temps immémorial, ne peut aucunement se concilier avec l'origine des justices, telle que M. Championnière a cru la découvrir dans des institutions romaines. Son origine celtique est attestée non-seulement par les vieilles traditions des provinces que nous avons indiquées plus haut, mais par la très-ancienne coutume de Bretagne, et surtout par les lois galloises de Howeldda, dont le texte reconnaît formellement que *longtemps avant Hoël le Bon* la justice patrimoniale existait en vertu de l'héritage, *virtute prædii* [2].

Toutefois, cette origine la plus lointaine de la juridiction terrienne et patrimoniale ne peut contenir et expliquer entièrement l'existence des justices seigneuriales de la féodalité; et pour marquer avec précision la filiation et le caractère des justices du moyen âge, il faut se rapprocher de temps plus accessibles à la certitude historique.

II. Si haut que l'on remonte dans l'histoire des fiefs, on rencontre l'existence des justices seigneuriales; et ces justices, considérées sous leur forme extérieure, s'identifient avec le jugement par les pairs de bénéfice et de fief. Elles sont, par conséquent, aussi anciennes que les fiefs; elles se confondent dans la même origine et se produisent au temps où les bénéfices passent de l'état viager à l'état héréditaire, où la pairie *personnelle* devient la pairie *réelle*. Alors les vassaux et les pairs prennent la place des hommes libres, des anciens rachimbourgs et des *Scabini* dans les Cours des ducs et des comtes, seigneurs propriétaires des duchés et des comtés dont ils avaient eu d'abord le gouvernement à titre d'office et de dignité [3]. — Même révolution s'est accomplie dans les subdivisions territoriales, c'est-à-dire dans les vicairies ou les centènes transformées en vicomtés ou châtellenies. La cour du centenier fut remplacée par la cour du châte-

[1] Hervé, *Théorie des matières féodales*, t. VI, p. 182, publié en 1788.
[2] V. *infrà*, p. 699, note 3.
[3] Form. Marculf., 8. *Charta de Ducatu*, etc.

lain, qui avait terre et justice; et comme ducs et comtes, centeniers et vicaires avaient une dignité attachée à l'office de juridiction qu'ils exerçaient primitivement au nom du roi, l'idée de *dignité* resta inhérente à l'idée de justice seigneuriale. J. Bouteiller, dans sa Somme rurale, disait encore au XIVe siècle : « Juridiction est une *dignité* par laquelle les seigneurs ont pou- » voir de faire justice des meffaits et plaintes qui sont faits en » leur terre [1]. » — La juridiction féodale paraissait, du reste, si naturellement unie aux fiefs, que le même auteur coutumier disait : « La *naturelle juridiction* est celle que les seigneurs ont » par la *dignité* de la seigneurie de leurs fiefs et nobles tene- » ments; laquelle juridiction naturelle est *patrimoniale*, selon » la *coutume générale de France* [2]. »

III. Au déclin de la seconde race, à l'époque où les bénéfices devinrent généralement héréditaires et où le droit de justice fut attribué *propriétairement* aux anciens officiers du roi [3], il y avait deux degrés principaux dans les possessions nobles et les cours de justice. Les duchés et comtés formaient les possessions et les cours du degré le plus élevé; les centènes et les vicairies celles du second degré : aussi, lorsque la juridiction devint seigneuriale et patrimoniale, il n'y eut, dans les premiers siècles, que deux espèces de justices, la haute et la basse [4]. — Les hauts justiciers

[1] Somme rural, tit. 3, § 1, *Des juridictions*.

[2] Somme rural, tit. 3, § 3.

[3] L'expression *propriétairement* se trouve dans l'*Usage des fiefs*, par Salvaing, p. 187.

Petrus Gregorius Tolosanus, *Syntagma juris universi*, liv. 6, c. 9, n° 15, dit très-bien :

« Remansit una judicandi auctoritas, quam temporarii comites habebant conjunctam, quamquam ad *custodiam* tantum fuissent designati. »

V aussi les *prolégomènes* du Polyptyque d'Irminion, par M. Guérard, t. I, p. 564, § 396

[4] Loyseau, *Seigneuries*, ch. 10, p. 56. — Brussel, *De l'usage des fiefs*, p. 221-237-265-300.

Loyseau dit que dans leur premier établissement, les hautes, moyennes et basses justices n'étaient autre chose que les grandes, médiocres et petites seigneuries. Les ducs et comtes étaient seuls vraiment *hauts justiciers*. Les vicomtes, *viguiers*, prévôts et châtelains des villes, lieutenants des ducs et comtes, étaient moyens justiciers ayant commandement et juridiction, sauf le droit de vie et de mort (*merum imperium*). Les bas justiciers n'étaient autres que les maires, prévôts et *châtelains* de village qui avaient connaissance des causes légères. Mais la confusion se fit par la suite, et les seigneurs ont concédé à leurs vassaux haute,

jugeaient à mort, sans appel ni révision de leurs jugements. — Le bas justicier connaissait des délits d'un ordre inférieur et de toutes les actions réelles et personnelles qui concernaient les matières féodales[1].

La division tripartite en haute, moyenne et basse justice n'a existé, du moins avec un caractère de généralité, qu'à partir du XIVe siècle. La basse justice comprenait, dans la première période, ce qui a été divisé ensuite entre la moyenne et la basse. En Normandie on n'a point connu la moyenne justice comme distincte de la basse, et la haute justice n'a existé, jusqu'à la conquête de Philippe-Auguste, qu'au profit des ducs de Normandie eux-mêmes : ce qui fait qu'en Angleterre les hautes justices seigneuriales restèrent inconnues, après la conquête de Guillaume, et qu'en Normandie, où elles ne commencèrent à s'établir qu'après la réunion du pays à la France et à partir du XIIIe siècle, elles furent censées une concession particulière du roi. La maxime du droit coutumier de la province fut que la haute justice n'avait rien de commun avec le fief ; tandis que la juridiction *fieffale*, contenant la justice moyenne et basse sans distinction, était réputée *portion intégrante du fief*[2].

IV. La justice seigneuriale et patrimoniale ne fut pas exclusivement attachée, en France, aux possessions qui constituaient

moyenne et basse justice. — Tel est le système de Loyseau sur la répartition primitive des justices en trois classes. Mais il ne repose pas sur l'étude des textes.— Brussel, bien plus exact dans les recherches historiques, dit, p. 300 de l'*Usage des fiefs* : « Avant le XIVe siècle on ne connaissait que la haute et basse justice. » — Toutefois, Brussel irait trop loin aussi dans son opinion s'il la donnait comme exclusive de toute basse justice avant le XIVe siècle. Il faut tenir compte toujours de la variété infinie du moyen âge. Des chartes antérieures au XIVe siècle mentionnent la justice, haute, moyenne et basse : Basnage (Cout. de Normandie, I, 55) en cite une ancienne, rapportée par Duchesne dans son Histoire de la maison de Châtillon (liv. II, c. 12), qui contient ces termes : « *Item*, do omnem justitiam et homines quos habeo apud Casseillonem cum omni justitia, *alta*, *media et bassa*. » Mais il est certain que la distinction généralement suivie était celle en haute et basse justice, comme le prouve la *Praxis aurea* de Pierre Jacobi, qui écrivait au XIVe siècle.

[1] Hervé, *Théorie des matières féodales*, t. IV, p. 35 et 63. — Aucune coutume n'a plus complétement énuméré les attributions de la haute justice que celle du Hainaut, ch. 130, art. 1.

[2] *V.* la dissertation de Houard sur les fiefs, en son *Dict. du droit normand* t. II, p. 451.

originairement des duchés, des comtés, des centènes, vicairies ou châtellenies. Elle fut plus générale; elle fut, comme l'a dit Montesquieu, une *dépendance du fief* : le fief, dans son état complet, comprenait réellement la terre et la justice.

Cette union primitive est attestée par tous les monuments du droit féodal : le livre des fiefs lombards [1]; l'ancien usage des fiefs d'Allemagne [2]; l'ancien coutumier de Normandie qui dit si énergiquement, en réfléchissant les coutumes du Nord, juridiction est *fieffale*, *chacun l'a par la raison de son fief* [3]; les coutumes anglo-normandes, et notamment les lois de Guillaume le Conquérant qui déposent directement du droit importé de France en Angleterre [4]. C'est la maxime de Beaumanoir qui représente au XIIIe siècle l'esprit le plus pur de la féodalité; c'est celle de Bouteiller qui, écrivant sa Somme rurale au XIVe siècle sous l'influence des coutumes du nord de la France, et surtout des coutumes d'Amiens, du Vermandois, de l'Artois, de la Flandre, du Hainaut, qualifiait la justice seigneuriale de *juridiction naturelle* et disait : « Sitôt qu'un seigneur *vient nouvellement à terre, il a » justice haute, moyenne et basse* [5]. » Cette maxime se trouvait enfin de temps immémorial, et a toujours persisté dans plusieurs coutumes du centre et de l'ouest, notamment dans celles du Poitou, du Maine, de l'Anjou et de la Bretagne; elle était suivie aussi dans les anciens usages de l'Auvergne et n'en a disparu que par la rédaction de la coutume au XVIe siècle [6].

L'antique union du fief et de la justice a donc pour elle la certitude historique. La féodalité créait une chaîne dont les anneaux se tenaient en remontant et en descendant. Chaque sei-

[1] *Consuetud. feudales*, lib. I, tit. 18; lib. II, tit. 15-16, etc.

[2] Schilter, *Jus feudale*. — Weber, *Manuel du droit féodal en Allemagne*, IV, p. 288.

[3] Anc. Coutumier de Normandie, chap. de Cour. Terrien, p. 87.

[4] Loys de Guillaume, dans l'appendice, t. II des *Anciennes lois françaises* de Houard, art. 3, p. 79, et art. 31, p. 102.

[5] Somme rural, tit. 3, § 3.

[6] L'ancienne coutume d'Auvergne est attestée par l'ouvrage de Masuër (qui mourut en 1450). *Praxis, de judicibus et eorum juridictione*, n° 23. « Item omnia quæ sunt *in territorio* seu *districtu* alicujus Domini censentur esse de suo *feudo et dominio* et etiam *de sua jurisdictione*. » (Masuër, p. 63.)

La coutume rédigée en 1510 porte la règle nouvelle : *fief et ressort n'ont rien de commun* (art. 4, ch. 2).

gneur féodal, excepté le roi, souverain *fieffeux*, était à son tour supérieur et vassal. Comme supérieur, il avait le droit de cour sur ses vassaux; comme vassal, il avait envers son seigneur le devoir de le servir en cour et au camp, *in curte et in campo*.

V. Le droit de cour était pour le seigneur le droit de convoquer la cour féodale, de la présider, de prononcer le jugement et de le faire exécuter, mais ce n'était pas le droit de juger. Les vassaux ou les pairs qui, en leur qualité féodale, avaient le devoir ou le service de cour avaient le droit de faire le jugement. C'était la pratique antérieurement suivie dans la cour du comte. La sentence ne pouvait appartenir à un seul homme. *Juger est le fait de plusieurs*, disait la maxime féodale née du droit germanique et opposée à l'unité du magistrat romain. La cour du seigneur devait se composer, au moins, de *trois* ou *quatre* juges, possesseurs de fiefs [1]. Le droit de justice entraînait des profits pécuniaires, le *fredum* des lois germaniques, l'amende, la confiscation. Il était une source de bénéfices pour les seigneurs. La crainte de la trop grande prépondérance que le seigneur aurait pu exercer dans les jugements, auxquels il avait toujours intérêt par ses *droits de justice*, avait nécessairement contribué à limiter, dans la pratique judiciaire, l'exercice de la prérogative seigneuriale.

Si le seigneur ne pouvait composer sa cour, il y avait *défaute de droit* (*defectus justitiæ*), et le vassal avait recours à la justice du suzerain [2].

La *défaute de droit* fut une des causes qui portèrent le trouble dans l'ordre des justices seigneuriales, considérées comme dépendances de fief. Les seigneurs, dont les possessions féodales avaient différents degrés d'importance, ne pouvaient pas toujours composer leur cour d'un nombre suffisant de pairs; et les plus faibles, malgré la singulière faculté qui leur était accordée d'emprunter des pairs aux fiefs voisins, perdirent leur droit de jus-

[1] P. De Fontaines, *Conseil*, ch. 21, n° 9. — Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis, ch. 47, art. 4. — Établiss. de saint Louis, I, 71.

[2] Rastall., *les Termes de la ley*, Glossaire anglo-normand (1595). — *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 28.

tice, faute de l'exercer et d'accomplir leur devoir de cour. Beaucoup de fiefs, avec le temps, restèrent ainsi sans juridiction réelle; et le droit coutumier, qui se conformait, dans chaque province, aux faits sociaux, finit par recevoir la règle, *que fief et justice n'ont rien de commun*.

La difficulté de composer les cours de justice, qui entraînait la *défaute de droit*, ne fut pas la seule cause de ce changement de maxime coutumière. Il faut aussi tenir compte, pour expliquer ce changement, de la variété des faits de possession, de la diversité même des concessions féodales qui pouvaient contenir directement ou indirectement des réserves de justice au profit du seigneur dominant [1], et surtout de la multiplicité des partages de succession qui attribuait le droit de *juridiction à l'aîné*, sauf répartition des amendes et émoluments entre cohéritiers, et laissaient ainsi un grand nombre de petits fiefs sans exercice réel de la justice. Les Établissements de saint Louis constataient déjà vers la fin du XIIIe siècle deux hommages d'un fief : « à l'un du *fié*, à l'autre de la *voierie* » (mot employé pour justice [2]). Les faits, en se développant, ont produit ainsi sur plusieurs points de la France des résultats contraires à l'ancien droit féodal sur l'union de la justice et du fief; et ces résultats ont donné lieu à la formule trop générale, que Loysel a mise dans ses *Institutes* coutumières : « *Fief, ressort et justice n'ont rien de commun ensemble* [3]. »

Dans les pays régis par la coutume de Paris et des coutumes analogues, cette règle nouvelle, sur la séparation de la justice et du fief [4], donnait la faculté de vendre particulièrement le droit

[1] Bacquet, *Des justices*, ch. 5, p. 15; Dumoulin, Cout. de Paris, § 1, *glose 5*, enseignaient qu'une concession générale de fief avec *ses droits* et dépendances, faite même par le roi, entraînait justice et haute justice; mais si le fief était *purement* et *simplement* donné, vendu, échangé, il y avait *réserve tacite* du droit de justice au profit du concédant. — Ce qui était considéré comme réserve tacite, au XVIe siècle, pouvait être l'objet d'une *réserve* expresse dans les temps antérieurs. — Suivant Jacquet, *Justices seigneuriales*, p. 16, en Touraine, la simple cession de terre entraînait cession de justice.

[2] Établissements de saint Louis, liv. I, tit. 3. (Ord. 1, p. 200.)

[3] Loysel, *Inst. cout.*, liv. II, tit. 2, ch. 44, art. 271.

[4] Dumoulin reconnaît sa nouveauté, Cout. de Paris, titre des fiefs, 1. ..... Quæ perpetuo secum trahunt et jurisdictionem etiam contentiosam quam *olim continebant* in vassalos et subvassalos gradatim, id est, cum gradu, seu resortu ap-

de justice sans vendre la terre elle-même; et Charondas disait, avec plus de justesse et de précision que Loysel dans sa formule trop absolue : « *Le fief ne fait pas le territoire de justice* [1]. » Toutefois, l'ancien usage avait laissé, dans ces régions coutumières, des traces si profondes, qu'il suffisait d'une possession immémoriale, sans preuve par écrit, pour établir le droit de justice en faveur du seigneur de fief [2]; et chose bien plus remarquable, la séparation de la justice et du fief n'avait lieu, dans ces provinces mêmes, qu'à l'égard des simples fiefs; la juridiction était toujours attachée, de plein droit, aux fiefs qu'on appelait de *dignité*, savoir aux duchés, comtés, marquisats, vicomtés, baronnies et châtellenies [3]. Ainsi le parlement de Paris jugea, en 1664, que le droit de justice ne pouvait être vendu séparément du duché de la Valette (en Angoumois), bien que la vente émanât du duc d'Épernon [4]. — On voit par là combien la maxime de Loysel, entendue dans un sens trop absolu, s'éloignerait de la vérité historique et juridique.

VI. Au milieu de toutes les diversités de lieux, de temps et de coutumes, un élément, du reste, a été constamment attaché aux justices patrimoniales, c'est la noblesse terrienne. Il fallait que la terre, pour avoir droit de justice, eût la qualité de terre noble. « La justice n'est mie à vilain, » dit le livre manuscrit de la reine Blanche. Or, l'idée de noblesse terrienne était plus large que celle de fief; elle s'appliquait même aux alleux. Il n'était pas nécessaire dès lors qu'une terre fût un fief pour avoir le droit de justice; un alleu, pouvant être un bien noble, pouvait avoir aussi la juridiction patrimoniale. C'était pour les feudistes et les praticiens des XVIe et XVIIe siècles une chose inexplicable : « Justice

pellationum, cujus *antiqui moris* adhuc hodie vestigium est in provincia et consuetudine Andensi et Cenomanensi.

[1] Charondas, *Mémorial*, v° *Fief*, p. 125.

[2] Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 5, p. 15.

[3] Hervé, *Théorie des matières féodales*, 1, § 38, p. 144.

[4] Recueil de Soeve, t. II, p. 196.

Chantereau-Lefèvre, *Traité des fiefs* : « La maxime que le fief n'a rien de commun avec la juridiction et que l'un peut subsister sans l'autre peut avoir lieu pour les fiefs subalternes, mais cette maxime était fausse à l'égard des grands fiefs.... »

Dumoulin, *Des fiefs*, tit. 1, n° 1.

n'est jamais *allodiale*, disaient-ils, et cependant, elle a été annexée au franc-alleu comme au fief[1]. » Pour sortir de la difficulté ils faisaient intervenir l'autorité royale, qui était pour eux le *Deus ex machina*. Ils prétendaient que la justice des alleux relevait toujours du roi, et qu'en ce sens on pouvait dire qu'elle n'était *jamais allodiale*. Mais c'était méconnaître les faits les plus incontestables; car, même au XVIe siècle, certaines coutumes conservaient encore le caractère d'allodialité quant à la justice, et la coutume du Nivernais, entre autres, disait tit. Ier, art. 10: « Justice étant *en franc-alleu* est *exempte du Prince*. » — Les légistes auraient dissipé cette obscurité ou évité ces contradictions avec les textes s'ils avaient recherché le principe, entrevu par Dumoulin, d'une justice foncière attestée par les plus anciennes traditions, d'une justice prédiale et rurale qui existait chez les peuples celtiques par la puissance de la terre et du patronage des grands, et qui s'était continuée par le *patrocinium* des nobles gallo-romains. C'est en effet jusqu'à cette profondeur des âges et des traditions qu'il faut creuser pour mettre à découvert toutes les racines de la justice patrimoniale.

Les justices féodales ou seigneuriales, qui ont leur origine certaine dans les jugements par les pairs, ont revêtu le caractère de patrimonialité. Mais la juridiction patrimoniale leur était antérieure sur le sol des peuples celtiques; elle existait bien avant l'établissement des bénéfices et des fiefs d'origine germanique; elle était unie, de temps immémorial, au patronage des grands propriétaires, contre lequel l'empire romain, à son déclin dans les Gaules, avait déployé tant d'efforts[2]. C'est cette juridiction patrimoniale, celtique et gallo-romaine par son origine et ses traditions, qui s'est maintenue et ravivée au moyen âge en faveur des alleux, à côté des justices seigneuriales, et qui s'est continuée jusque dans les coutumes modernes avec le titre et les

[1] Dumoulin, *Des fiefs*, § 18, n° 8 : Quia jurisdictio competens inferiori a rege in hoc regno nunquam est *allodialis*, et hoc esset impossibile. Quia hujusmodi regalia sunt de juribus coronæ et illi annexa et inseparabilia, nec sunt in commercio. Sed necesse est quod recognoscantur a rege tanquam a supremo directo domino. — *V.* aussi Brodeau, Cout. de Paris, I, p. 715-719.

[2] *V.* Le Huérou, *Instit. mérov. et carlov.*, t. I, et mon *Histoire du droit*, t. II, p. 159 et 617; t. III, p. 228.

attributs de justice foncière. C'est cette antique *patrimonialité* qui est l'origine vraiment historique des justices patrimoniales attachées aux alleux. Jusqu'au XVIe siècle, où s'est introduite la distinction générales des alleux nobles et des alleux roturiers [1], les grandes terres en alleux étaient toujours réputées terres nobles, et la justice allodiale était à la fois un attribut antique et un témoignage de leur noblesse. — Hervé, Breton d'origine, disait avec beaucoup de justesse que « la justice rurale et patri» moniale s'était introduite par le fait et ne supposait pas de » *puissance publique* d'où elle fût émanée et au nom de laquelle » elle s'exerçât. » Le feudiste du XVIIIe siècle n'avait pas tranché, comme ceux du XVIe siècle, en faveur de la royauté absolue, la question des justices allodiales [2]. Le collecteur des *anciennes lois françaises*, Houard, en combattant, à la même époque, une opinion de Montesquieu, a rappelé que le Capitulaire de 815, relatif aux Espagnols admis à s'établir en France, contenait une justice foncière et privée, indépendante de la puissance militaire. L'auteur de l'*Esprit des lois* avait dit que ceux qui étaient placés sous la *puissance militaire* de quelqu'un étaient aussi sous sa *juridiction civile*; par là il avait marqué l'origine des justices féodales : mais il n'avait pas distingué l'élément antique et particulier de la juridiction patrimoniale inhérente aux alleux nobles [3].

[1] Cette distinction dans la Coutume de Paris n'a été introduite que par la réforme de 1580 : auparavant, les alleux étaient réputés biens nobles.

[2] Hervé, *Théorie des matières féodales*, t. VI, p. 357.

[3] Houard, 2e volume des *Anciennes lois françaises* (preuves justif., p. 161 et suiv.). Dissertation pour répondre à l'opinion de Montesquieu sur les *justices territoriales des églises* (liv. XXX, ch. 18).

Il prouve par le capitulaire de l'an 815, relatif aux Espagnols établis au pied des Pyrénées, qu'il y avait dans ce monument trois justices : 1° la justice du comte (art. 3); 2° la justice *foncière et privée* (cæteras vero minores causas *more suo* inter se mutuo definire non prohibentur); 3° la justice seigneuriale au profit de celui qui a concédé le bénéfice (obsequium Seniori suo quale nostrates homines de *simili beneficio*). Il y avait bien là une *justice foncière*, indépendante de la puissance militaire, et par conséquent une base plus large que la base unique posée par Montesquieu, quand il dit *que ceux qui étaient placés sous la puissance militaire de quelqu'un étaient aussi sous sa juridiction civile.*

Il est bon de rappeler ici que Montesquieu ne paraît pas avoir connu le recueil des *Leges Wallicæ*, qui a été publié par Watton en 1730, et sur lesquelles Houard a fait un mémoire, seulement en 1785 (*Mém. de l'Acad. des inscriptions*), époque où, pour la première fois, on s'est occupé en France de ce recueil si important. C'est là que se trouve ce texte précieux : ..... Omnes nempe fundorum possessores, prout mos erat *ante tempora Hoële Boni*, *virtute status fundi*

VII. Les justices patrimoniales incorporées soit aux fiefs, soit aux alleux importants, jouissaient, en fait, de l'indépendance, à l'époque culminante de l'aristocratie féodale. Ce qui fut usurpé, au moyen âge, par les seigneurs féodaux ou les grands possesseurs des terres allodiales, ce n'était pas le droit de juger : c'était le droit de juger *en dernier ressort*. Les légistes du XVIe siècle, et Loyseau notamment, ont attaqué l'usurpation comme étendue même au droit de juger au premier degré : en cela ils avaient été emportés par leur haine contre cette institution du moyen âge. Ils seraient restés dans le vrai en soutenant que l'usurpation avait porté sur le *dernier ressort*, attribué aux justices seigneuriales.

C'est à ressaisir ce droit de ressort et de justice souveraine que travailla très-activement la royauté féodale des XIIe et XIIIe siècles.

LAFERRIÈRE.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT, DEPUIS SON ORIGINE JUSQU'A NOS JOURS, par M. REGNAULT, bibliothécaire du Conseil d'État.

Il appartenait à M. Regnault, bien plus qu'à tout autre écrivain, d'entreprendre une histoire du Conseil d'État. Attaché à ce grand corps en qualité de bibliothécaire depuis longues années, M. Regnault a vécu dans la haute sphère où il se meut ; il en a, pour ainsi dire, toujours respiré l'air et il s'est nourri de toutes ses traditions, de telle sorte qu'il y tient aujourd'hui par les liens les plus étroits, et qu'en mettant la main à l'œuvre qu'il vient de publier, il a fait véritablement un acte de piété filiale.

sui, absque ulla alia auctoritate a rege concessa, causas cognoscebant. (*Leges Wallicæ*, III, *præfatio alia*, p. 187, édit. 1730). — Le juge qui exerçait le jugement *virtute prædii* était appelé *Brawdwr*. — Judex qui judicium exercuerit *virtute prædii* dignitate judicis non exuetur quamdiu *terram illam possederit* (*Leges Wallicæ*, I, 16-29.)

Aussi, à chaque page de son livre on sent percer toute l'affection qui l'anime pour l'institution même, pour ses créateurs, pour les hommes qui ont rempli une place au sein du Conseil. Armé de ce double avantage d'avoir pu puiser à la source même, dans les archives du Conseil, tous les documents curieux qu'elles renferment, et d'avoir, en outre, joui de l'estime et de l'amitié des membres éminents qui ont honoré les dernières assemblées, initié ainsi à la connaissance de son sujet et par l'étude des livres et des pièces et par ces communications si riches et si précieuses qui sont le fruit de relations journalières et intimes, M. Regnault tourne tout à la gloire du Conseil d'État; il ne se préoccupe que de sa noblesse, de ses services; il ne songe qu'à l'éloge, oublie la critique alors même qu'elle serait le mieux fondée, le moins contestée, et il se fait souvent panégyriste plutôt qu'historien.

Nous n'avons pas ici à discuter les divers points sur lesquels nous n'accepterions pas sans débat ou sans réserve les notions d'histoire et les vues présentées par M. Regnault dans son ouvrage. Tel n'est point l'objet de cet article, dans lequel nous ne nous proposons que d'appeler l'attention des lecteurs de la *Revue* sur un bon livre, composé avec soin, plein de détails intéressants, remarquable par l'érudition de son auteur. Il nous faudrait d'ailleurs, pour entrer en lice avec lui, des recherches spéciales, des études et des méditations auxquelles nous n'avons pu nous livrer. Nous nous bornons donc à indiquer en passant, et sans développements, quelques exemples qui suffiront à faire apprécier la portée du reproche que nous lui adressons.

Ainsi, lorsqu'il traite de l'origine du Conseil, au chapitre Ier, M. Regnault nous semble s'être laissé un peu trop entraîner par le désir d'exalter la noblesse des titres du Conseil d'État (assurément ils n'en avaient pas besoin!) en ajoutant à leur ancienneté. Il remonte jusqu'à Charlemagne, et nous offre les *missi dominici* comme les prédécesseurs de nos conseillers d'État. Nous pensons, pour notre compte, qu'il y a dans cette assimilation un peu d'exagération. Qu'il y ait eu de tous temps, auprès même des premiers rois franks, des personnages puissants par leur haute fortune ou distingués par leur habileté, qui aient été investis de leur confiance et aient été admis dans leurs conseils, c'est

là une chose hors de doute; c'est une nécessité de la monarchie, à toutes les époques et dans tous les pays, de s'entourer de lumières et de s'appuyer sur tout ce qui se rencontre d'éminent et s'impose aux yeux des peuples. Mais entre un pareil conseil que crée la seule faveur du prince, qu'il consulte ou non, suivant sa fantaisie, que son bon plaisir fait ou défait chaque jour, et notre Conseil d'État tel qu'il existe maintenant, avec son organisation et ses attributions définies par la loi, avec son indépendance et sa fixité, la distance nous paraît à peu près infranchissable; elle n'est guère moindre, à nos yeux, qu'entre cet ancien conseil, qui quelquefois jugeait avec le roi les procès, comme nous l'apprend M. Regnault, et la Cour de cassation, ce tribunal suprême placé par notre grande assemblée de 1789 à la tête de la magistrature française. Et cependant, qui songerait jamais à rattacher seulement à saint Louis donnant, avec ses maîtres des requêtes, audience dans la forêt de Vincennes, l'origine de notre Cour régulatrice? Le Conseil d'État n'est pas sans doute une création aussi moderne que la Cour de cassation; s'il a reçu dans la Constitution de l'an VIII une organisation toute nouvelle, du moins l'ancienne monarchie avait à ses côtés une institution qui présentait avec lui d'assez frappantes analogies, et qui a pu servir de type à nos législateurs. Mais sans rechercher l'époque exacte de sa création, il semble difficile d'en reconnaître le germe dans les *missi dominici* de Charlemagne ou dans les enquesteurs de saint Louis, surtout si on considère ce grand corps dans la plénitude de toute-puissance et dans l'éclat dont l'avait revêtu la confiance de l'empereur.

C'est cette époque, et on le comprend d'après ce que nous avons dit, qui excite toutes les sympathies de l'auteur. Le Conseil d'État avait été placé au sommet de l'édifice politique; seul il entrait avec le chef de l'État en partage de l'autorité; il faisait les lois et dominait l'administration; « comme l'aigle impérial, il avait pris son essor : » c'est en ces termes que M. Regnault exprime son admiration. Il ne faut point chercher dès lors dans son ouvrage l'idée d'un tribunal administratif indépendant; il ne s'associe pas aux critiques de ceux qui regrettent qu'une simple section du Conseil d'État, plutôt qu'un corps de magistrats spéciaux, soit chargée désormais du soin de prononcer soit sur les

graves intérêts qui s'agitent tous les jours entre l'administration et les citoyens, soit sur les conflits qui s'élèvent entre elle et l'ordre judiciaire. Constatons toutefois qu'en faisant aux avocats au Conseil l'honneur de leur consacrer quelques pages de son livre, il paraît applaudir à la disposition de la loi organique de 1849, qui conférait du moins à la section du contentieux le caractère et les pouvoirs d'un tribunal indépendant.

Mais il y aurait peut-être quelque injustice à insister sur le reproche que nous a paru mériter, dans un certain degré, l'*Histoire du Conseil d'État*. Sans doute l'auteur nous présente plus une apologie qu'une histoire; mais il faut reconnaître qu'il en avait bien le droit; car malgré le titre du livre, il nous annonce lui-même que ce qu'il se propose, c'est seulement « de consigner quelques détails qui lui paraissent utiles, et de rattacher ainsi les souvenirs du passé aux légitimes espérances de l'avenir. » Ce qu'il a voulu, c'est donc moins offrir au public une histoire complète et critique que des documents destinés soit à compléter les travaux déjà connus, soit à enrichir les travaux qui pourraient être entrepris désormais. Ce but, M. Regnault l'a complétement atteint. Dans les divers chapitres, qu'il s'agisse de la composition, des attributions, de l'organisation du Conseil d'État, soit même des traitements et des costumes, il nous révèle, ainsi qu'il en a pris l'engagement, des détails pleins d'intérêt, et fait preuve d'une érudition égale dans les grandes et les petites choses. A côté des dispositions législatives réglementaires, il place des titres inédits qui répandent la lumière sur les points obscurs de son sujet, et nous initient, par exemple, aux gratifications dont nos anciens rois récompensaient les services de leurs conseillers intimes. Les renseignements sont d'ailleurs choisis avec discernement et prudence, et ce n'est qu'avec les pièces à l'appui que M. Regnault produit les faits dont son ouvrage abonde. On trouve enfin répandues dans les différents chapitres quelques anecdotes presque contemporaines, quelques scènes d'intérieur qui ne contribuent pas peu à relever l'attention et à répandre du charme sur un livre très-sérieux par son sujet et par la façon dont il est traité. Les preuves manquent sans doute alors; mais la consciencieuse circonspection de l'auteur est une garantie plus que

suffisante de leur véracité, et l'on sent derrière lui des témoins dont les souvenirs ont un incontestable caractère d'authenticité.

M. Regnault a fait suivre son *Histoire du Conseil d'État* de la publication d'un certain nombre de notices biographiques, et cette partie du livre n'est assurément pas celle qui a le moins d'attrait. Ce sont le plus souvent ses souvenirs personnels qu'il a recueillis et dont il nous fait part; et si on ne retrouve pas dans ces esquisses tous les détails des carrières si remplies des Cuvier, des Portalis, des Merlin ou des Henrion de Pansey, on est heureux d'y rencontrer les impressions d'un homme plein de cœur qui a su apprécier leurs grandes et nobles qualités, et nous découvre les sentiments d'admiration ou de sympathie qu'il a conçus pour eux. M. Regnault s'y livre sans contrainte à l'expression de la reconnaissance qu'a fait naître en lui la bienveillante amitié de quelques-uns de ces hommes distingués, comme de Gérando, Allent et Macarel, et ces notices font également honneur et à celui qui les a écrites et à ceux qui les ont inspirées.

FL. MIMEREL.

Une erreur s'est glissée dans le compte rendu du livre de M. Grellet-Dumazeau sur le Barreau romain qu'a publié, dans la livraison du mois d'août dernier de la *Revue* (t. II, p. 508), notre estimable collaborateur M. Domenget. En exprimant le regret que l'auteur de cet ouvrage ait été trop tôt enlevé à l'étude, M. Domenget a confondu M. Grellet-Dumazeau, conseiller à la Cour de Riom, avec son père, magistrat éminent qu'a perdu, le 25 avril dernier, la Cour de Limoges, et dont la science et le caractère étaient hautement appréciés de tous ceux qui l'ont connu. Nous nous empressons de réparer cette erreur, et de restituer à M. Grellet-Dumazeau fils un titre qui le rend si bien digne de continuer le nom de son père, l'honorable auteur des traités *sur le bail à colonage perpétuel* et *sur la dot considérée sous le régime dotal*.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de juillet 1852.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Testament authentique; impossibilité de signer.* — Faut-il que la déclaration faite par le testateur de son impossibilité de signer soit lue à ce testateur, et qu'il soit en outre fait mention de cette lecture? — Renvoi.
2. *Testament olographe; vérification d'écriture.* — Quand l'écriture d'un testament olographe instituant un légataire universel est méconnue par l'héritier légitime, est-ce à cet héritier ou au légataire à la faire vérifier? — Renvoi.
3. *Donation; transcription.* — Le défaut de transcription d'une donation peut-il être invoqué par un créancier chirographaire du donateur? — Peut-il l'être par un donataire postérieur?
4. *Mariage; incompétence de l'officier; publicité.* — La célébration du mariage par l'officier compétent n'est considérée par la loi que comme l'un des éléments de la publicité du mariage, dont cet officier est simplement le témoin légal; en sorte que l'incompétence de celui-ci ne saurait entraîner la nullité quand le mariage a été suffisamment public d'ailleurs.
5. *Cession de créance; saisies-arrêts; concours.* — Quand une créance, déjà frappée de saisie avant sa cession, l'est ensuite d'une autre saisie postérieure à cette cession, mais antérieure à la mainlevée de la première, la seconde saisie demeure efficace malgré la mainlevée postérieure de la première. — Comment se règle le concours du cessionnaire, soit avec le second des saisissants, soit avec tous deux. Examen des différents systèmes de la jurisprudence et de la doctrine.
6. *Cession de droits litigieux; avoués.* — Les exceptions apportées par l'article 1701 au principe de l'article 1699 ne sont point applicables à la prohibition édictée par l'article 1597 contre les magistrats et fonctionnaires attachés au tribunal de la compétence duquel sont les droits cédés.

1. — (PARIS, 14 JUILL. 1851; *Dall.*, 52, 2, 179.) — Dans les divers arrêts qui vont faire l'objet de cet examen doctrinal, il en est deux seulement dont nous croyons pouvoir affirmer et démontrer l'inexactitude, et deux aussi dont les doctrines, quoique contraires à notre sentiment, portent sur un point trop délicat, trop dépourvu d'éléments précis et sûrs de décision, pour que l'erreur en puisse être rigoureusement établie. Quant

aux autres, nous les croyons tous irréprochables, quoique plusieurs portent sur des questions fort controversées et qui divisent profondément les auteurs et la jurisprudence. Nous discuterons successivement ces arrêts dans l'ordre même que nous venons de prendre pour cette observation générale.

Nous signalons d'abord comme certainement contraire à la loi un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 14 juillet 1851, en matière de formalités testamentaires, et dont nous aurons peu de chose à dire ici, attendu qu'il a été déjà réfuté par nous dans notre examen de la livraison du mois de juin dernier[1]. Si nous revenons de nouveau, et pour mémoire seulement, sur cet arrêt, que nous rencontrons aujourd'hui dans le 7e cahier de M. Dalloz, après l'avoir trouvé au mois de juin dans le 1er cahier de M. Devilleneuve, c'est qu'on ne saurait trop appeler l'attention sur une doctrine qui pourrait être d'autant plus contagieuse qu'elle s'abrite sous l'autorité d'un grand nom (puisque l'arrêt est rendu sous la présidence de M. Troplong), et qui n'est cependant qu'une grave erreur. Nous avons donc jugé utile de faire ici un renvoi à nos précédentes observations, d'autant mieux que M. Dalloz ne les a pas indiquées dans son annotation de l'arrêt, annotation où, du reste, il improuve comme nous cette étrange solution.

L'arrêt de Paris décide que, quand un testateur par acte authentique se trouve dans l'impossibilité de signer, il faut, à peine de nullité, non-seulement qu'il soit fait mention de la déclaration du testateur de son impossibilité de signer et de la cause de cette impossibilité, mais aussi, et en plus, 1° qu'il soit donné lecture de cette mention au disposant, et 2° qu'il soit encore fait mention de cette lecture. Or nous avons démontré (*loc. cit.*) que l'arrêt ajoute ainsi, arbitrairement et indûment, deux nouvelles formalités, et partant deux nouvelles causes de nullité, aux six formalités exigées par le Code; que sous prétexte d'interpréter et d'appliquer la loi, il arrive à la refaire; que l'argumentation par laquelle il s'efforce de trouver un point d'appui, soit dans le texte, soit dans l'esprit du Code, est fausse de tous points et aussi clairement contraire à l'esprit de la loi qu'à son texte;

[1] V. *suprà*, p. 337-341, n° 6.

qu'enfin le système de l'arrêt est si bien dans l'erreur, qu'il arrive même à l'absurde et en vient à faire du testament authentique un acte absolument *interminable*, d'une rédaction *impossible à finir* et tournant dans un *cercle éternel*, en ce que, sur le point en question, chaque nouvelle lecture nécessitant une mention nouvelle, dont il faudrait une lecture subséquente, qui devrait à son tour être mentionnée, on tournerait ainsi dans le cercle jusqu'à la fin du monde et au delà!

C'est ce qu'avait déjà fait remarquer la Cour de Montpellier dans l'arrêt fort exact par elle rendu sur cette question, le 8 juin 1833, et qui fut maintenu en cassation par arrêt de rejet du 3 juillet 1834 [1].

2. — (CASSAT. 21 JUILL. 1852; *Dall.*, 52, 1, 220.) — Il pourrait de même nous suffire d'un renvoi pour le second arrêt que nous signalons comme contraire aux vrais principes. Ce n'est pas que cet arrêt ait été déjà discuté dans la *Revue*, comme le précédent, car il est tout récent et rapporté pour la première fois dans les recueils; mais la question qu'il décide a déjà plusieurs fois occupé la *Revue*, notamment à l'occasion de l'arrêt de Caen, du 2 juin 1851, dont nous rencontrons ici aujourd'hui la cassation.

Il s'agit de savoir si, dans le cas d'un légataire universel, institué en l'absence d'héritiers réservataires par testament olographe, envoyé en possession des biens par ordonnance du juge, et dont le titre est ensuite contesté par l'héritier qui nie ou méconnaît l'écriture de son auteur, c'est à cet héritier de prouver la fausseté du testament, ou bien au légataire d'en prouver la sincérité.

La Cour de cassation depuis plusieurs années, et contrairement à la doctrine de Merlin et des derniers auteurs qui ont écrit sur la matière, se prononce énergiquement contre l'héritier; et elle annule encore ici, par son arrêt du 21 juillet 1852, la décision par laquelle la Cour de Caen avait imposé la preuve au légataire, dans une affaire *Lemière*.

Or nous avons établi déjà dans cette *Revue* [2] que la Cour de

[1] Devill., 1834, 2, 107, et 1, 626.
[2] *Suprà*, t. I, p. 277-279; t. II, p. 329-335.

cassation est ici dans l'erreur, et que si elle a successivement abandonné, en présence des réfutations péremptoires qui en étaient faites, les sept ou huit premiers arguments imaginés dans le sens du légataire, elle ne saurait manquer, tôt ou tard, d'abandonner de même le dernier argument derrière lequel elle se retranche depuis quelque temps, argument qui n'est pas plus solide que les autres, et qui a été réfuté d'avance avec eux.

Quels sont, en effet, les motifs auxquels se tient encore la Cour suprême? C'est que « le testament olographe est *investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers*, puisqu'il donne ici de plein droit au légataire *la saisine des biens*, c'est-à-dire la possession de droit, sans aucun besoin de demander la délivrance, et que, d'autre part, l'ordonnance d'envoi ajoutant *la possession de fait* à la possession de droit, il s'ensuit que le légataire n'a plus rien à prouver pour se maintenir dans cette possession, et que c'est à ceux qui attaquent son titre à en prouver les vices. » Or le double défaut de cette argumentation a été depuis longtemps signalé; et il ne peut manquer, quelle que soit l'influence des idées reçues, d'être compris tôt ou tard, et avec le temps, par tous les bons esprits.

D'une part, en effet, et quant à la possession de droit ou saisine légale, il est bien évident qu'elle n'est conférée par la loi qu'à celui qui est véritablement légataire, qui a pour lui un véritable testament, et nullement à celui dont le prétendu testament serait faux et n'émanerait pas de l'auteur auquel on l'attribue : ce droit de saisine ou de possession légale, aussi bien que le droit même de propriété des biens, le prétendu légataire les a s'il est réellement légataire, mais il ne les a pas dans le cas contraire; et comme ici la question entre ce prétendu légataire et les héritiers est précisément de savoir s'il est ou n'est pas légataire, si son acte est ou n'est pas un vrai testament, il est clair qu'on ne peut pas, sans une pétition de principe évidente, argumenter contre ceux-ci de la prétendue qualité de légataire ni de la saisine qui en serait l'effet.

D'autre part, et quant à la possession de fait dont le légataire prétendu se trouve investi par l'effet de l'ordonnance du juge, l'argument n'est pas meilleur. Car, en supposant qu'on ne pût

pas répondre (comme l'avait fait l'arrêt de Caen) que cette ordonnance est nécessairement prononcée sous la condition tacite que le testament émane bien de celui à qui il est attribué, et qu'ainsi c'est au légataire à prouver que la condition existe, en supposant, disons-nous, que cette idée ne fût pas exacte, tandis que nous la croyons incontestable, on resterait toujours en face de cette autre réponse péremptoire : que l'héritier, quand il vient contester la qualité du prétendu légataire, possesseur des biens du défunt, n'agit pas simplement *au possessoire*, mais bien *au pétitoire*, que le débat qui s'élève entre eux n'est pas une question *de possession*, mais une question *de propriété* des biens, et qu'il est élémentaire que si LA POSSESSION rend celui qui en est investi simple défendeur *au principal*, et le dispense ainsi de la preuve *de demande*, preuve que le demandeur principal (ici l'héritier) est toujours tenu de faire, elle ne saurait nullement le dispenser de la preuve *d'exception*, parce que s'il est de principe que ACTORI *incumbit probatio*, il est de principe aussi que *reus excipiendo* FIT ACTOR..... Ainsi, par exemple, que le possesseur fût hors d'état d'établir la sincérité du testament qu'il invoque, et dès lors sa qualité de légataire, et que le soi-disant héritier fût, de son côté, hors d'état de prouver cette qualité d'héritier : il est très-vrai que dans cette position analogue des deux parties, dont aucune ne peut justifier sa prétention, c'est le légataire (prétendu, et vrai ou faux, peu importe) qui triomphera par l'effet de sa possession, puisque cette possession met l'héritier prétendu dans la nécessité de faire la preuve de demande, c'est-à-dire celle de sa qualité d'héritier, et qu'à défaut de cette preuve il doit être débouté de son action immédiatement et sans que son adversaire ait aucune preuve à faire. Tel est l'avantage de la possession, avantage qui n'est certes pas insignifiant, puisqu'il assure le succès à un possesseur qui n'a pas plus de preuve de son prétendu droit que n'en ont des leurs ceux qui viennent l'attaquer. Mais c'est là que l'effet de cette possession s'arrête ; et quand la qualité du soi-disant héritier se trouve reconnue ou prouvée, quand cet héritier, en cas de méconnaissance de son droit, a fourni la preuve de ce droit, il est clair, il est élémentaire que c'est alors au possesseur de faire à son tour sa preuve

de défense, c'est-à-dire à prouver, pour repousser le droit désormais établi de l'héritier, qu'il a un droit plus fort, celui de légataire universel, en justifiant pour cela de l'existence et de la validité du testament qu'il invoque.

Ces principes nous paraissent trop clairs, trop précis, trop incontestables, pour que la Cour suprême n'y revienne pas un jour ou l'autre; et ce retour serait surtout à espérer devant les chambres réunies. Si, aujourd'hui même, la Cour devant laquelle l'affaire *Lemière* est renvoyée se montrait aussi indépendante et aussi attachée aux principes que l'a été la Cour de Caen dans le premier arrêt; si, au lieu d'adopter servilement les motifs de l'arrêt de cassation, elle formulait énergiquement ceux que la saine doctrine indique, mettant ainsi, comme doit le faire tout homme vraiment homme, l'autorité de la raison au-dessus de la raison de l'autorité, n'est-il pas à croire que la Cour suprême, dans le débat solennel de ses sections assemblées, arriverait à proclamer les vrais principes, ou tout au moins à trouver quelque chose de plus spécieux, de plus satisfaisant que l'argument tant de fois réfuté auquel elle s'en tient depuis quelques années?

Il suffirait pour cela de répondre, aux motifs ci-dessus indiqués de l'arrêt de cassation, par ces motifs bien simples :

« Attendu qu'à la vérité le testament olographe est investi » d'un caractère et d'une force d'exécution tout particuliers; » mais que, ce caractère et cette force d'exécution consistant ici » à procurer au légataire universel LA POSSESSION des biens, le » débat se réduit dès lors à savoir quelle est l'influence *de la* » *possession* sur la question *de preuve;* — Attendu que la pos- » session, en donnant à celui qui en est investi la position avan- » tageuse de défendeur, le dispense bien ainsi de la preuve de » demande, laquelle doit être faite par ses adversaires, c'est-à- » dire ici par les héritiers légitimes qui se trouvent dès lors te- » nus de prouver leur qualité d'héritiers, si on la conteste; mais » qu'elle ne saurait le dispenser, une fois faite la preuve de de- » mande, de faire sa preuve d'exception, puisque *reus exci-* » *piendo* FIT ACTOR ; — Attendu, dès lors, que quand la qualité » de l'héritier demandeur est reconnue ou prouvée, c'est au dé-

» fendeur de prouver à son tour sa qualité plus forte, celle de » légataire, en établissant que l'acte qu'il invoque est bien un » testament émané du défunt. »

3. — (GRENOBLE, 19 DÉC. 1850; NÎMES, 31 DÉC. 1850 : *J. P.*, 50, 2, 64 et 90.) — Nous réunissons ici, parce qu'ils tranchent des questions analogues, les deux arrêts qui, bien que portant sur des points sur lesquels l'erreur échappe à une démonstration précise et rigoureuse, n'en sont pas moins inexacts à nos yeux.

Il s'agit, dans l'un et dans l'autre, de savoir quel est le sens et la portée de l'article 941, quand il permet *à toutes personnes ayant intérêt* d'opposer le défaut de transcription d'une donation.

Et d'abord, est-ce de toutes personnes ayant un intérêt *quelconque* que le Code entend parler, ou seulement de celles ayant intérêt pour la conservation *d'un droit réel* sur le bien donné, en sorte qu'un simple créancier chirographaire n'y serait pas compris? La Cour impériale de Grenoble décide la question dans le premier sens; mais nous ne saurions partager son avis, que nous paraît condamner la combinaison des diverses dispositions de la loi. L'article 938 pose *en principe* que dans la donation la propriété se transfère par la convention même; puis les articles 939 et suivants apportent *une exception* à cette règle en reculant, pour certains cas, jusqu'à la transcription *ce transport de la propriété*. Or, puisque les deux dispositions concernent ainsi le transport de la propriété, c'est donc seulement pour les questions de droits réels que la seconde, aussi bien que la première, peut être appliquée. Quand un tiers oppose le défaut de transcription pour réclamer un droit *sur la chose*, on doit l'écouter, puisque, quant à lui, c'est seulement par cette transcription que la chose pouvait être aliénée; mais quand c'est pour réclamer un simple droit *contre la personne* du donateur, il n'est pas recevable, puisque *cette personne* a été totalement dépouillée de la chose par la seule convention. D'un autre côté, tout le monde reconnaît que la transcription exigée par le Code pour les donations est celle que la loi de brumaire an VII exigeait pour tout acte translatif de propriété; et on sait aussi que cette transcription n'était exigée (art. 26) que pour l'intérêt de

ceux qui, dans l'intervalle de l'aliénation à la transcription, auraient acquis de l'aliénateur un droit réel sur la chose. Or, puisque c'étaient là les seuls *intéressés* de la loi de brumaire, c'est donc d'eux seuls aussi que le Code entend parler par personnes *ayant intérêt*. Du reste, si nous improuvons les principes de l'arrêt de Grenoble, on ne peut qu'approuver sa solution, qui n'avait nul besoin de ces principes pour se soutenir, puisque le dernier considérant de l'arrêt nous apprend que le créancier, après avoir été simple chirographaire pendant longtemps, était devenu *hypothécaire* dans l'intervalle de la donation à la transcription! Son hypothèque était de 1838, et la transcription du 19 juillet 1842 seulement! Ce créancier avait donc un droit réel, et on ne comprend pas dès lors pourquoi la Cour de Grenoble s'est jetée dans les idées, fort inutiles assurément, que nous venons de critiquer.

La seconde question, plus délicate que la première, est de savoir si le défaut de transcription peut être opposé par un second donataire de l'immeuble. La Cour de Nîmes juge ici l'affirmative en se fondant sur la disposition si large de l'article 941, et en repoussant l'argument tiré des articles 1070 et 1072 par cette idée, que les substitutions forment une matière spéciale, dans laquelle le législateur s'est armé d'une rigueur qu'il n'a pas étendue aux donations ordinaires. Cette réponse, reproduite de MM. Duranton (VIII-515) et Coin-Delisle (nos 18 et 19), n'est assurément pas sans valeur; mais elle est loin cependant de nous paraître satisfaisante.

« Dans l'ancien droit, disent les deux auteurs, les donations étaient *insinuées*, et le défaut d'*insinuation* pouvait être opposé par les donataires, les légataires et les héritiers; au contraire, les substitutions devaient être *publiées*, et les donataires, les légataires et les héritiers ne pouvaient pas opposer le défaut de *publication*. Cela étant, on ne peut donc pas assimiler la transcription pour donation à la transcription pour substitution, ni argumenter de celle-ci à celle-là. » Pour que ce raisonnement fût concluant, il faudrait que la transcription au cas de donation reproduisît, dans ses effets avoués, l'ancienne insinuation, comme la transcription au cas de substitution reproduit l'ancienne pu-

blication. Si, dans le cas de donation, la transcription était requise au respect des héritiers et des légataires, comme l'était autrefois l'insinuation, et à la différence de la publication, il serait tout naturel d'en conclure que le Code a entendu reproduire les règles différentes de l'insinuation et de la publication dans la transcription de donation d'une part, et la transcription de substitution d'autre part; d'où la conséquence que la transcription de donation serait requise aussi, contrairement à la transcription de substitution, au profit des seconds donataires. Mais puisque c'est tout le contraire qui a lieu, puisque, pour celles des anciennes différences sur lesquelles le doute n'existe pas, le Code nous présente, non pas le maintien de ces différences, mais au contraire leur suppression et l'identité complète de la transcription de donation et de la transcription de substitution, comment veut-on en conclure le fait tout opposé pour le dernier point, sur lequel le Code ne s'est pas expliqué nettement? Quand tous les points connus d'une chose sont blancs, comment en voulez-vous conclure que le seul point inconnu soit rouge? Quand toutes les parties visibles de l'édifice sont de pierre, comment en induire que le petit angle qui reste caché est de brique? Toutes les règles de l'induction ne commandent-elles pas la conclusion contraire? Voyez donc..... L'ancien droit nous présente ici deux institutions complétement différentes entre elles, différentes de nom, différentes de nature, différentes d'effets : d'une part, l'INSINUATION, qui consistait dans *une inscription de l'acte sur un registre* à ce destiné, et qui était établie notamment *au profit des héritiers, des légataires et des donataires;* d'autre part, LA PUBLICATION, qui se faisait *par lecture en jugement à jour de plaidoirie*, et qui n'était exigée *ni pour les héritiers, ni pour les légataires, ni pour les donataires.* Or que fait le Code? Il supprime la différence de nom : au lieu de *l'insinuation* pour certains actes et de *la publication* pour certains autres, il impose pour tous *la transcription.* Il supprime de même la différence de nature ou de mode d'exécution : la transcription, copie entière de l'acte sur le registre des hypothèques, s'accomplit de la même manière soit pour les donations, soit pour les substitutions. Il supprime aussi et enfin les

différences d'effets, du moins pour deux points sur trois : l'absence de la transcription ne pourra jamais, pas plus dans les donations que dans les substitutions, être invoquée ni par les héritiers ni par les légataires! Cela étant, est-ce que la question des donataires ne se trouve pas résolue? est-ce que ces donataires, mis partout sur la même ligne que les légataires et les héritiers par l'ancien droit, qui leur donnait l'action comme aux autres en cas de donation, et la leur refusait comme aux autres en cas de substitution, ne seront pas aussi sur la même ligne aujourd'hui, dans le silence du Code à cet égard, en sorte que l'action étant refusée aux héritiers et aux légataires, elle le sera de même aux donataires? est-ce qu'on ne voit pas clairement, par l'ensemble des choses, que la pensée du législateur de 1804 a été de substituer à deux formalités différentes une seule et même formalité, que cette formalité unique est partout identique à elle-même ; que dès lors, avec l'unité de nom et l'unité de mode, il y a de même et tout naturellement unité d'effet; que la transcription n'est ni l'insinuation ni la publication, mais la transcription, qui restant partout une même chose, gardant partout la même nature et s'accomplissant partout de la même manière, doit produire partout les mêmes résultats? Nous avouons que, pour nous, ces idées ne sauraient être douteuses; et nous n'hésitons pas dès lors à dire, avec Merlin (*Quest.*, v° *Transcript.*, § 6, n° 3) et Grenier, qui après avoir d'abord admis l'opinion contraire dans sa première édition, l'a plus tard repoussée comme une erreur (n° 168 *bis*, t. I), que les précisions données sur la transcription par les articles 1070 et 1072 doivent compléter l'insuffisance de l'article 941, et qu'il faut par conséquent refuser aux donataires le droit d'invoquer le défaut de cette formalité[1].

4. — (PARIS, 5 JANV. 1852; *Dall.*, 52, 2, 173.) — Nous avons dit que les divers arrêts dont il nous reste à parler nous paraissent tous parfaitement juridiques, quoique plusieurs reposent sur des idées sur lesquelles la controverse n'est pas encore éteinte.

Voici tout d'abord une grave question de validité de mariage.

[1] *V.*, au surplus, notre explication de cet article 941, n° IV (t. III).

celle de savoir si la célébration faite par un officier d'état civil incompétent, c'est-à-dire qui ne serait celui d'aucune des deux parties, entraîne nécessairement la nullité..... Dans notre commentaire de l'article 191 (t. I, nos 664-667 de la 5e édit.), nous avons soutenu que l'officier de l'état civil n'est rien autre chose que le premier témoin du mariage et nullement son ministre, que ce n'est pas lui qui marie, mais les époux qui se marient eux-mêmes en sa présence; que dès lors la nécessité de cette présence n'est, en définitive, qu'une des règles relatives à la publicité de la célébration, d'où la conséquence que si les magistrats reconnaissent, dans le cas de violation de cette règle, qu'il y a eu d'ailleurs une publicité suffisante, le mariage doit être maintenu, puisque la loi, à raison des cent éléments divers dont la publicité se compose, s'en remet à la discrétion du juge pour décider en fait s'il y a eu, oui ou non, une suffisante publicité. Or cette idée d'un rôle de témoin chez l'officier de l'état civil, idée qui peut paraître bizarre au premier aspect, et qui est en effet combattue par notre honorable et savant ami M. Demolombe (t. III, n° 298), se trouve ici consacrée par la Cour impériale de Paris, et nous la croyons parfaitement exacte.

L'arrêt du 5 janvier 1852, ayant à se prononcer sur ce cas d'incompétence de l'officier public, proclame la validité du mariage, par le motif que ce mariage, dans l'espèce, avait été d'ailleurs environné d'une incontestable publicité, et que *la publicité dépend d'un concours de faits dont l'appréciation est laissée à la conscience des juges, et dans le nombre desquels il n'est pas indispensable de trouver la célébration par l'officier du domicile légal.* La Cour de Paris, dans cet arrêt, rendu sous la présidence de M. Troplong, reconnaît donc que la célébration par l'officier compétent n'est rien autre chose que l'un des faits qui concourent à constituer la publicité, et que le défaut de cette célébration n'est rien autre chose que l'absence d'un des éléments de cette publicité, ce qui revient à dire, comme nous l'avons fait, que l'officier public n'est ici que le témoin légal de la célébration. Or nous maintenons, en effet, que malgré l'idée contraire de M. Demolombe, cette doctrine est la seule rationnelle et juridique.

La raison, d'abord, dit assez que le maire à la maison commune et le prêtre à l'église ne sont pas chargés de réaliser le mariage, mais seulement de le constater : le prêtre et le maire ne marient pas; ce sont les époux qui se marient eux-mêmes, en présence de la société civile, représentée par le maire, et de l'Église, représentée par le curé. Pour le lien religieux lui-même, où le *vos conjungo*, mal compris, pourrait faire douter de cette idée, les théologiens les plus exacts reconnaissent que les ministres du sacrement sont les époux et non le prêtre, et tout le monde sait que l'Église tient pour réguliers parmi les mariages célébrés par des prêtres intrus, lors de l'exclusion des pasteurs légitimes pendant nos troubles révolutionnaires, ceux à la célébration desquels le vrai curé, resté secrètement dans sa paroisse, avait pu venir assister sans y prendre d'autre part que d'en être le spectateur. A la mairie, la question est bien moins douteuse encore, puisque la célébration consiste purement et simplement dans la déclaration de l'homme qu'il prend telle femme ici présente pour son épouse, et de celle-ci qu'elle prend l'homme ici présent pour son époux. Ce sont donc bien les époux qui, par leur volonté réciproque et régulièrement exprimée, font eux-mêmes le mariage, comme l'avait dit depuis longtemps la loi romaine : NUPTIAS CONSENSUS FACIT.

Enfin, cette idée que l'officier public est seulement *le témoin* du mariage, et que dès lors l'incompétence de cet officier, au lieu de former, par rapport au défaut de publicité, une seconde cause de nullité, ne forme avec lui qu'une cause unique, parce que, encore une fois, la présence de cet officier, de ce témoin légal, n'est rien autre chose qu'un des nombreux éléments de cette publicité, cette idée, comme nous l'avons fait remarquer dans notre Commentaire (n° 666), se manifeste à chaque pas des travaux préparatoires. D'abord, l'article 191 ayant été écrit une première fois avec une rédaction qui, au moyen de la disjonctive OU, présentait la célébration par l'officier compétent comme une condition distincte de la célébration publique, une courte discussion s'engagea sur ce point entre M. Trouchet et M. Roederer. Le premier tenait pour la distinction, et disait qu'il faut

que le mariage soit célébré publiquement, et en outre qu'il le soit devant l'officier compétent, tandis que le second soutenait *qu'il ne peut pas y avoir*, aux yeux de la loi, *d'autre mariage public que celui qui est célébré devant cet officier* (que dès lors la célébration par cet officier n'est qu'un des éléments de la célébration publique), et que, par conséquent, il fallait substituer la conjonctive ET à la disjonctive OU. Or cette thèse de M. Rœderer fut accueillie par le Conseil. « *L'article*, dit le procès-verbal, est adopté AVEC CET AMENDEMENT, » et la conjonctive ET se lit en effet aujourd'hui dans la loi. En vérité, si, comme l'a dit M. Zachariæ (III, p. 301), et comme essaye aussi de le dire, assez timidement toutefois, M. Demolombe (*loc. cit.*), cette substitution n'atteste pas l'intention de confondre en une seule cause de nullité les deux causes prétendues distinctes, quel sera donc le sens et de cette substitution, et du motif pour lequel M. Rœderer l'a demandée, et des deux opinions contraires présentées à cet égard par lui et par M. Tronchet?... Certes, cette intention n'est pas douteuse. Aussi, lorsque plus tard le Tribunat demanda l'insertion dans le Code de l'article 193, qui se réfère à l'objet entier de l'article 165, et porte dès lors aussi bien sur les mots *devant l'officier civil* que sur le mot *publiquement*, il fut de nouveau bien entendu qu'il ne s'agissait que d'une seule cause de nullité, d'une seule idée complexe, celle *de la publicité*, dans laquelle rentrait comme élément la célébration par l'officier du domicile, et il fut déclaré que l'article proposé avait pour but *l'observation des conditions imposées par la loi* POUR CONSTATER LA PUBLICITÉ DU MARIAGE... Enfin, l'orateur du gouvernement nous dit à son tour dans l'exposé des motifs : « LA PLUS GRAVE *de toutes les nullités* EST CELLE *qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré* PUBLIQUEMENT ET DEVANT L'OFFICIER COMPÉTENT... TÉMOIN *nécessaire du contrat.* » (Fenet, t. IX, p. 90, 124 et 172.)

5. — (CASSAT. 8 JUIN 1852 : *Devill.*, 52, 1, 487; *J. P.*, 52, 2, 18.) — Rien n'est plus profondément obscur, difficile et compliqué, dans l'interprétation de notre droit civil, que le cas de concours d'un cessionnaire de créance, avec des créanciers du cédant qui sont venus saisir cette créance, les uns avant la réa-

lisation (ou du moins avant l'acceptation ou la signification) de la cession, les autres après.

Ainsi, Pierre cède à B, pour 3,000 fr., une créance de pareille somme sur Paul; mais au moment où se fait cette cession, ou du moins au moment où elle devient efficace à l'égard des tiers par la signification au débiteur ou par son acceptation authentique (art. 1690), la créance était déjà saisie par A pour une somme de 1,500 fr., et elle l'est ensuite par C pour une somme égale, postérieurement à la cession régulièrement accomplie, et avant la mainlevée de la première saisie. En cet état, on se demande quels seront les droits réciproques de A, de B et de C, c'est-à-dire du saisissant antérieur à la cession, du cessionnaire et du saisissant postérieur.

Or cette question, nous le répétons, est sans contredit l'une des plus difficiles et des moins élucidées que fasse naître le Code: s'il en est malheureusement beaucoup d'autres qui soient aussi peu avancées qu'elle, nous n'en connaissons pas une qui le soit moins; et elle pourrait assurément figurer dans la liste des nombreux points de droit qui font prendre en profonde pitié l'infirmité de ces prétendus auteurs qui s'imaginent naïvement que *tout est dit depuis longtemps sur notre droit civil!*... Cette question, l'une des cent questions, plus difficiles qu'on ne pense, que présente le titre *de la Vente*, avait été l'objet de nombreux travaux : M. Duranton (XII, n° 65) et M. Troplong (*Vente*, n°s 926-927), M. Duvergier (t. II, n° 202), M. Zachariæ (*II*, p. 557), plus tard et dans ces derniers temps, un esprit jeune et sagace, M. Mourlon (*Traité de la subrogat.*, p. 562-570), puis, avant et après eux, de nombreux arrêts avaient fait tous, du moins à partir de M. Duvergier [1], de puissants efforts pour arriver ici à la vérité; et malgré cela, pourtant, ils n'étaient arrivés qu'à présenter *cinq systèmes contraires entre eux*, et

[1] Nous plaçons ici M. Duvergier derrière M. Troplong, quoiqu'il ait traité la question avant celui-ci. La raison en est que M. Troplong n'ayant fait que donner une simple reproduction du travail insuffisant de M. Duranton, sans rien dire des idées nouvelles et importantes que M. Duvergier avait jetées dans le débat, le savant magistrat n'a nullement fait avancer la question, et doit être mis ici sur la même ligne que M. Duranton. Tous deux occupent ici le premier plan, et M. Duvergier le second.

dont *pas un seul*, telle est du moins notre conviction, *n'était exact!*... M. Duranton (dont la doctrine tronquée avait été reproduite purement et simplement par M. Troplong, malgré les travaux intermédiaires et remarquables de M. Duvergier) avait bien critiqué la doctrine antérieure à lui, mais il n'avait pas présenté de système nouveau, et on ne pouvait pas dire qu'il eût traité la question; M. Duvergier avait, il est vrai, formulé un nouveau système; M. Zachariæ avait renversé le système de M. Duvergier pour en présenter un quatrième; enfin M. Mourlon avait logiquement réfuté les systèmes de ses devanciers, pour en offrir un dernier; mais tous ces auteurs, habiles à détruire, avaient été impuissants à réédifier, et chacun d'eux n'avait échappé aux précédentes erreurs que pour tomber dans une erreur nouvelle.

Cinq systèmes, disons-nous (quoique M. Mourlon, y compris le sien, n'en ait vu que quatre), existaient déjà sur cette question, quand nous avons cru devoir les repousser tous et en présenter un nouveau.

1° D'anciens arrêts de 1814 et 1820, cités par M. Troplong (p. 429), par M. Mourlon (p. 563) et par nous (t. VI, p. 327), décidaient que la cession ne vaut que comme saisie même vis-à-vis du saisissant postérieur à cette cession, et que par conséquent les trois intéressés devaient être admis, comme s'ils eussent été tous trois des créanciers saisissants, à concourir au marc le franc sur la somme à distribuer. D'après ce principe, les deux créanciers de 1,500 fr. chacun et le cessionnaire, réputé lui-même créancier pour 3,000 fr., présentaient un total de créances de 6,000 fr.; et comme la somme à prendre n'était que de 3,000 fr., ou moitié, A devait prendre 750, B 1,500, et C 750 fr.

M. Duranton et M. Troplong repoussaient ce système; mais comme ils n'en mettaient aucun autre à la place et n'expliquaient en aucune façon comment devrait se régler le concours, nous n'avons pas à les compter ici.

Ce système primitif de la jurisprudence était manifestement vicieux, puisqu'il donnait plein effet *contre le cessionnaire* à la saisie postérieure à la cession, tandis que cette saisie est évidemment nulle et sans aucune valeur vis-à-vis de ce cession-

naire, puisqu'elle porte, pour tout ce qui excède la portion valablement cédée de la créance, c'est-à-dire pour tout ce qui excède le montant de la première saisie, sur une chose que la cession a fait sortir du patrimoine du débiteur... Il est très-vrai qu'avec les chiffres posés dans l'hypothèse ci-dessus (chiffres que nous avons dû prendre pour qu'on se reconnaisse mieux dans la comparaison de ce travail avec ceux de nos adversaires, parce que ce sont ceux de M. Duvergier, de M. Zachariæ et de M. Mourlon), ce premier système de la jurisprudence, quoique vicieux en lui-même, se trouvait arriver à un résultat exact; mais pour peu qu'on change de chiffres, l'erreur du système va se manifester matériellement. Ainsi, supposons que A et C, au lieu d'être créanciers pour 1,500 fr. chacun, le soient le premier pour 500 fr. seulement, et le dernier pour 2,500 fr.; le système des anciens arrêts, avec son principe du marc le franc pour les trois intéressés, donnerait 250 fr. à A, 1,500 à B et 1,250 à C. Or l'erreur est ici évidente, dans cette attribution de 1,500 fr. seulement au cessionnaire. Car, puisque la créance de 3,000 fr. n'était frappée de saisie, lors de sa cession régulièrement accomplie, que pour 500 fr., elle restait donc disponible et libre aux mains du vendeur pour 2,500 fr.; elle est donc devenue, par la cession acceptée ou signifiée, la propriété du cessionnaire pour ces 2,500 fr.; la saisie postérieure du second créancier a donc porté, quant à ces 2,500 fr., sur un bien n'appartenant plus à son débiteur, et rien au monde dès lors ne peut empêcher le cessionnaire de conserver ces 2,500 fr., au lieu des 1,500 que ce faux système lui attribue.

2° M. Duvergier se jeta d'un extrême dans l'extrême opposé; et tandis que la jurisprudence primitive maltraitait ainsi le cessionnaire au profit du second saisissant, notre honorable confrère maltraita singulièrement ce dernier, et voulut ni plus ni moins l'exclure complétement du concours. Selon lui, la saisie postérieure n'avait aucune valeur, ni vis-à-vis du cessionnaire, *ni vis-à-vis du premier saisissant;* en sorte que, sur la créance de 3,000 fr., on devait donner aux deux ayants droit, l'un de 1,500 fr., l'autre de 3,000 fr., au premier 1,000 fr., au second 2,000 fr.

Ce second système était aussi radicalement faux que le premier; car il est manifeste que si la seconde saisie ne vaut pas quant au cessionnaire, elle vaut parfaitement quant au premier saisissant. La saisie ne donnant nullement au créancier la propriété de la somme qui en est frappée, et n'ayant pas d'autre effet que de mettre les deniers sous la main de justice jusqu'à ce qu'il soit ordonné de leur emploi, toutes les saisies postérieures, faites avant la distribution, sont parfaitement efficaces envers les saisies précédentes, puisque la chose saisie est toujours la propriété du débiteur commun, non celle du créancier saisissant; et tous les saisissants dès lors, quelle que soit la date des saisies, viendront à la distribution au marc le franc.

3° C'est ce que la jurisprudence a fini par très-bien comprendre, avant qu'aucun auteur en ait parlé; et des arrêts de 1832, 1835, 1837 et 1839, montrant la route à la doctrine, sont arrivés à un troisième système, que M. Mourlon n'a pas signalé, et qui fut le premier pas vers la vérité, ou plutôt la vérité tout entière, sauf une seule idée de détail. La jurisprudence a compris, d'une part, que du moment que le second créancier venait saisir avant que la somme déjà saisie fût attribuée au premier créancier, il avait dès lors le droit de concourir avec celui-ci; et que, d'autre part, ce premier créancier saisissant avait aussi le droit, puisque la cession ne peut pas valoir contre lui comme cession, mais seulement comme équivalant à une saisie faisant concourir le cessionnaire au marc le franc, de se faire indemniser par ce cessionnaire du préjudice que lui causait la saisie postérieure. Cette seconde idée, en elle-même et sainement entendue, était aussi exacte que la première; mais les arrêts l'exagérèrent en accordant au premier saisissant son recours contre le cessionnaire pour la totalité de la somme que lui enlevait le second saisissant. Ils dirent que, puisque le premier saisissant, qui aurait eu 1,000 fr. s'il n'eût concouru qu'avec le cessionnaire, était réduit à 500 fr. par l'arrivée du second saisissant, c'était donc pour 500 fr. qu'il pouvait recourir, et ils attribuèrent ainsi 1,000 fr. à A, 1,500 fr. à B et 500 fr. à C.

4° M. Zachariæ, tout en reconnaissant l'exactitude de ces deux principes, critiqua l'application ainsi faite du second, et avec

grande raison. Il fit remarquer que, puisque le second saisissant avait en toute hypothèse le droit de concourir avec le premier, celui-ci ne pouvait demander, contre le cessionnaire, qu'à obtenir ce qu'il eût eu s'il avait concouru avec ce second saisissant et avec le cessionnaire considéré comme saisissant lui-même, et non pas ce qu'il eût eu en ne concourant qu'avec ce dernier. Or, disait-il, si tous trois avaient concouru comme créanciers saisissants, le premier n'eût eu que 750 fr. et non pas 1,000; c'est donc seulement 250 fr. et non pas 500 qu'il peut reprendre au cessionnaire. Le quatrième système attribue ainsi 750 fr. à A, 1,750 fr. à B et 500 fr. à C.

5° Ce dernier des quatre systèmes exposés jusqu'ici, et qui nous étaient seuls connus quand nous avons écrit sur cette matière, en commentant dans la dernière partie de notre tome VI les art. 1690-1691, était bien près de la vérité. Il ne restait plus à faire qu'un seul pas, que nous croyons avoir franchi à notre tour dans notre *Explication du Code*. Mais avant que nous eussions rédigé notre système, M. Mourlon, dans son *Traité des subrogations*, en avait lui-même proposé un autre, qu'il nous a fait connaître après la publication de notre volume, et qui, loin d'arriver enfin à la vérité, s'en écartait plus encore que celui de M. Zachariæ, plus même que celui de la dernière jurisprudence, et qui recule se placer entre ce dernier et celui de M. Duvergier..... M. Mourlon, dont le système se trouve ainsi le cinquième dans l'ordre de dates des publications, et le troisième, au contraire, dans l'ordre rationnel des idées, prend pour principe cette proposition, fort juste dans le sens par nous indiqué plus haut et sur lequel nous allons revenir, mais fausse dans le sens trop large qu'il lui donne, que *la saisie postérieure est nulle et non avenue quant au cessionnaire*, et il en conclut que ce cessionnaire peut prendre tout ce qu'il eût pris s'il n'eût concouru qu'avec le premier saisissant, c'est-à-dire 2,000 fr. Il attribue donc ainsi 750 fr. à A, 2,000 fr. à B et 250 fr. à C.

6° Le système de M. Zachariæ donnait déjà trop au cessionnaire et trop peu au second saisissant; or celui de M. Mourlon, loin de faire disparaître ce défaut ou de l'amoindrir, vient au contraire l'aggraver, puisqu'il augmente encore le dividende du

cessionnaire, pour diminuer d'autant celui du second saisissant. Le cessionnaire n'a droit ici ni à 2,000 fr., comme le croit M. Mourlon, ni même à 1,750 fr., comme le pense M. Zachariæ, mais seulement à 1,500 fr. La raison en est que si la seconde saisie est complétement nulle et non avenue quant au cessionnaire, c'est seulement pour ce qui excède, dans la créance cédée, le montant de la première saisie, tandis que, pour le reste, elle est pleinement valable et efficace, aussi bien contre le cessionnaire que contre le premier saisissant. Or, dans notre hypothèse, ce n'est ni pour 2,000, ni pour 1,750 fr. que la créance cédée excède les causes de la saisie antérieure; c'est seulement pour 1,500 fr.; et par conséquent, c'est aussi pour 1,500 fr. seulement que la cession est efficace et la seconde saisie nulle..... Quoi de plus évident? B achète la créance de Pierre au moment où cette créance, par suite de la saisie de A, est frappée d'indisponibilité pour 1,500 fr., et ne se trouve cessible et transmissible que pour l'autre portion de 1,500 fr.; ne s'ensuit-il pas que si, à la vérité, cette seconde portion de 1,500 fr. passe immédiatement dans le domaine de B, et cesse dès lors d'être le gage des débiteurs de Pierre, l'autre portion, au contraire, rendue indisponible sous la main de justice par la précédente saisie, continue de faire partie du patrimoine de Pierre, d'être ainsi le gage commun de ses créanciers, et sera dès lors, tant qu'elle demeurera dans cet état, valablement frappée par toutes saisies postérieures de ces mêmes créanciers? Il est donc manifeste que C, créancier de 1,500 fr. comme A, se trouve avoir, aussi bien vis-à-vis du cessionnaire que vis-à-vis de A lui-même, absolument le même droit que celui-ci; que les 1,500 fr. saisis par tous deux doivent se partager également entre eux, 750 fr. pour chacun, le cessionnaire ne pouvant demander rien de plus que les autres 1,500 fr., sur lesquels seuls a pu porter sa cession, puisqu'ils étaient seuls disponibles et cessibles.

Nous aurions à présenter ici plusieurs autres observations; mais nous devons nous arrêter, et nous contenter de renvoyer à notre explication de l'article 1691, nos II, III et IV (t. VI, p. 325-331). Nous signalerons seulement, en terminant, la singulière méprise dans laquelle tombent les rédacteurs du *Journal du*

Palais, lorsque, dans leur annotation de l'arrêt à propos duquel nous écrivons ces pages, ils présentent notre système (p. 19, 2e col.) comme étant d'accord avec celui de M. Mourlon! On vient de voir, au contraire, que nos systèmes diffèrent profondément, assez profondément pour que deux autres se placent entre eux; et si le rédacteur de la note n'a pas saisi cette contrariété, soit dans les explications opposées qui sont données par M. Mourlon et par nous, soit surtout dans les formules de nos conclusions respectives, formules que le *Journal du Palais* reproduit toutes deux, il aurait dû, ce semble, la remarquer facilement dans le résultat *des chiffres*, puisque M. Mourlon combat le système de M. Zachariæ comme donnant trop peu au cessionnaire et trop au second saisissant, tandis que nous le combattons, nous, comme donnant trop au premier et trop peu au dernier : le système de M. Zachariæ, qui donne 1,750 fr. à B et 500 fr. à C, est critiqué par M. Mourlon dans le but de donner 2,000 fr. à B et 250 fr. à C, tandis qu'il l'est par nous dans le but de donner 1,500 fr. seulement à B et 750 fr. à C! Bien loin donc que M. Mourlon soit d'accord avec nous, il s'en éloigne encore plus que M. Zachariæ!... Comment le rédacteur a-t-il pu indiquer le système de M. Mourlon, ainsi que le nôtre, comme ayant pour base *la disponibilité de ce qui excède les causes de la saisie-arrêt*, puisque ce qui excède ici les causes de la saisie de A, c'est 1,500 fr. seulement, et que M. Mourlon veut attribuer au cessionnaire 2.000 fr.?

Au surplus, et quelque idée qu'on adopte sur le *quantum* du dividende à donner à chaque concurrent, il est toujours bien certain que le système de M. Duvergier, que M. Mourlon (p. 568) déclare à tort le plus logique de ceux qui l'ont précédé, en est au contraire le plus vicieux, puisque son défaut ne consiste pas seulement à mal calculer la part de chaque concurrent, mais qu'il va jusqu'à exclure complétement l'un des trois concurrents pour attribuer le tout aux deux autres! Il est bien certain que le second créancier saisissant est parfaitement en droit de réclamer l'effet de sa saisie, puisque cette saisie, comme nous l'avons dit, a frappé sur des valeurs qui, grâce à la saisie précédente et antérieure à la cession, étaient encore dans le patrimoine de son dé-

biteur et n'étaient pas devenues la propriété du cessionnaire.

C'est ce que décide, et dans une espèce bien remarquable, l'arrêt de cassation du 8 juin 1852.

Le 9 novembre 1848, une saisie-arrêt avait été pratiquée sur une créance qui fut ensuite vendue par acte signifié le 28 du même mois; le 11 décembre, un autre créancier du vendeur vint saisir à son tour la créance vendue et déjà saisie; puis le même jour, mais postérieurement à cette seconde saisie, il fut donné mainlevée de la première. En cet état des faits, le tribunal de première instance de Rouen, puis la Cour, sur l'appel, avaient refusé tout droit au second saisissant sur les sommes saisies-arrêtées, sous le prétexte que la première saisie n'ayant été faite nécessairement que dans l'intérêt du créancier qui la pratiquait, et ce créancier ayant ensuite été désintéressé et ayant donné mainlevée de son opposition, cette saisie se trouvait comme non avenue, et ne pouvait être invoquée par le second saisissant, qui se trouvait ainsi réduit à sa seule saisie, laquelle était inefficace comme postérieure à la cession.

C'était une grave erreur. Du moment que la première saisie, antérieure à la cession et parfaitement efficace dès lors, n'était pas encore levée alors que la seconde avait été pratiquée, les sommes arrêtées aux mains du tiers étaient donc encore, lors de cette seconde saisie, la propriété du débiteur; cette seconde saisie les avait donc efficacement atteintes, et la mainlevée postérieure de la première, par cela qu'elle était postérieure, n'avait pu faire obstacle à l'effet de l'opposition du 11 décembre. C'est ce qu'a très-bien dit la Cour suprême, en cassant, comme elle devait le faire, l'arrêt contraire de la Cour impériale de Rouen.

Quant à la question de savoir comment la créance, qui était de 6,012 fr., devait se partager entre le second saisissant et le cessionnaire, seuls concurrents, puisque le premier saisissant s'était retiré du concours, on conçoit que ni les juges du fait (puisqu'ils rejetaient tout concours) ni la Cour de cassation, dès lors, n'ont pas eu à l'examiner; mais elle est fort simple, d'après les explications que nous avons données d'abord avec développement, puis résumées ensuite en une formule générale. non

dans cet article (où la place nous manquait), mais dans notre commentaire de l'article 1691, auquel nous avons renvoyé..... Le cessionnaire ayant ici plus d'intérêt à être traité comme simple créancier saisissant qu'à l'être comme cessionnaire et pouvant toujours invoquer cette première qualité (puisque la signification de sa cession vaudrait comme saisie, même contre un saisissant antérieur), les deux concurrents doivent venir au marc le franc, le cessionnaire pour sa créance de 6,012 fr. et l'autre pour ses 3,500 fr. Puis donc qu'il s'agit de payer un passif total de 9,512 fr. avec un actif de 6,012 fr., le premier devra recevoir 3,800 fr. et le second 2,212 fr.

6. — (ROUEN, 1er JUILL. 1852; *J. P.*, 52, 2, 87.) — Nous nous proposions de discuter encore ici plusieurs autres arrêts d'une assez grande importance doctrinale, notamment un d'*Agen*, 17 *déc.* 1851, sur une question de vente de la chose d'autrui, un de *Douai*, 10 *mai* 1849, sur une question de partage de succession, et un troisième de *Paris*, 27 *juill.* 1850, sur la question de destruction partielle de la chose louée, que nous trouvons rapportés tous trois au Recueil de M. Devilleneuve (52, 2, 392, 397 et 404). Nous désirions, quant au premier, éclaircir les doutes exprimés dans les notes de l'arrêtiste sur l'exactitude, incontestable selon nous, de la solution donnée; sur le second, signaler la formule trop générale et peu exacte du sommaire, qui fait dire à l'arrêt que *le père qui a légué à l'un de ses enfants sa quotité disponible*, NE PEUT PLUS LUI VENDRE *tout ou partie de ses immeubles pour un prix payable à la mort du vendeur*, ce qui indiquerait une impossibilité absolue et s'appliquant à toute hypothèse possible; tandis que la Cour de Douai, au lieu d'admettre une telle proposition (qui, dans sa généralité, serait une erreur juridique), a eu grand soin de constater « que tous les actes annulés avaient précisément été faits dans *l'intention et le but évident d'*ÉLUDER *les dispositions de la loi sur l'égalité des partages*, en attribuant exclusivement à l'un des enfants *les objets* PRÉTENDUMENT *vendus*, » en sorte que la Cour puise ainsi dans *la fraude faite à la loi* le principe de l'annulation de ces *prétendues ventes*, que le sommaire de l'arrêtiste ferait regarder comme annulables en elles-mêmes et malgré la bonne foi du

vendeur et de l'acheteur; sur le troisième enfin, mettre en relief, pour prémunir contre elles, les idées fausses que présentent, sur le cas de destruction partielle de la chose louée, nos deux principaux traités du louage, ceux de M. Duvergier et de M. Troplong, par suite de la confusion que ces auteurs ont faite de deux choses parfaitement distinctes, LA RECONSTRUCTION d'un immeuble partiellement *détruit*, qui ne peut jamais être exigée du propriétaire, avec la simple RÉPARATION d'un immeuble *endommagé*, à laquelle ce propriétaire est toujours tenu. Mais l'espace nous manque, et nous nous bornerons, en renvoyant à notre commentaire de l'article 1722, n° I, pour cette question si grave, et mal comprise, suivant nous, par MM. Troplong et Duvergier, de la destruction partielle, de dire encore quelques mots d'un dernier arrêt sur une question de vente que ni M. Duvergier ni M. Troplong n'ont examinée.

Il s'agit de savoir si les exceptions apportées par l'article 1701 C. Nap. au principe de l'article 1699 sur la vente d'un droit litigieux, sont applicables aussi à la défense adressée par l'article 1597 aux magistrats, greffiers, avoués, etc., d'acheter les procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent. Cette question, qui n'a été prévue, avons-nous dit, ni par M. Duvergier ni par M. Troplong, l'a été par M. Zachariæ, qui la résout affirmativement (t. II, p. 573). Or c'est là une erreur certaine. La règle de l'article 1597 diffère de celle des articles 1699-1701, avec laquelle on voudrait la confondre, et par le but, et par la portée, et par une sévérité plus grande, et par son objet même.

La règle diffère d'abord de l'autre par son objet; car tandis que la seconde ne s'applique qu'aux choses sur lesquelles il y a procès actuel et procès portant sur le fond du droit (art. 1700), la nôtre, au contraire, s'applique à tous droits qui sont ou peuvent être l'objet d'un procès. La preuve s'en trouve et dans l'exposé des motifs, où il est déclaré qu'il s'agit, comme dans les anciennes ordonnances, *des droits qui sont* OU PEUVENT ÊTRE *portés devant le tribunal* (Fenet, t. XIV, p. 117), et dans le texte lui-même, puisqu'il a soin de réunir sous sa prohibition les *procès*, les *actions* et les *droits litigieux*, tandis que restreindre la

règle au seul cas d'une contestation actuelle, ce serait ne l'appliquer qu'aux seuls procès..... De même notre règle est aussi plus sévère en ce qu'elle n'admet pas les exceptions de l'article 1701. D'une part, en effet, du moment qu'il s'agit d'exceptions, et que la règle pour laquelle elles sont écrites est reconnue toute différente et moins rigoureuse que la nôtre, il s'ensuit déjà que, par leur nature même, elles ne peuvent pas s'étendre d'un cas à l'autre. D'un autre côté, la loi ne pouvait même pas appliquer ici ces exceptions, attendu que le motif qui justifie parfaitement l'acquisition dans le cas de l'article 1699, ne saurait la justifier ici. La circonstance que le cessionnaire d'un droit litigieux était le créancier du cédant et s'est fait transmettre le droit pour se payer, justifie bien la cession dans les cas ordinaires et quand le cessionnaire n'est qu'un simple citoyen; mais il est clair qu'il ne justifierait pas la cession que se ferait ainsi consentir un juge du tribunal qui doit statuer sur le droit litigieux!!! La dignité même de la justice, les plus graves motifs d'ordre public répugnaient à la pensée que M. Zachariæ prête ici au législateur; et les textes comme l'esprit du Code commandaient la décision, parfaitement motivée d'ailleurs, par laquelle la Cour de Rouen déclare ici nulle la cession faite à un avoué de droits litigieux de la compétence du tribunal de cet avoué, alors même que cette cession est faite en payement d'une dette.

V. MARCADÉ.

EXAMEN DOCTRINAL

Du Traité de M. Coin-Delisle sur la Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant.

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur suppléant à la Faculté de droit de Toulouse.

Voici un volume entier sur cette grave question, dont la *Revue*, à plusieurs reprises, a déjà entretenu ses lecteurs [1]. M. Coin-Delisle a réuni dans ce volume des trésors d'érudition; il y expose avec le plus grand développement l'ancien droit français, la législation intermédiaire et tous les travaux préparatoires du Code civil; puis reprenant un à un les arrêts de la Cour de cassation, il conclut au rétablissement pur et simple, et dans son entier, du système de l'arrêt *Laroque de Mons*.

Cette solution est d'autant plus remarquable, que M. Coin-Delisle avait admis précédemment le correctif le plus radical qui ait été apporté à la doctrine de ce célèbre arrêt. Il enseignait alors, suivant la doctrine généralement attribuée aux arrêts *Mourgues* (Req. 11 août 1829) et *Castille* (Cassat. 25 mars 1834), que si le renonçant ne pouvait rien retenir passé la valeur de la quotité disponible ordinaire, néanmoins la donation retenue par lui devait s'imputer préalablement sur la part de réserve qu'il aurait eue en acceptant la succession, et « subsidiairement sur la » quotité disponible d'une manière suffisante pour lui compléter » ce qu'un étranger aurait pu recevoir [2]. » Mais, après un examen spécial et longuement approfondi, l'auteur proclame aujourd'hui que ce tempérament, possible à concilier avec les articles 845 et 919 du Code Napoléon, viole directement le principe de l'accroissement établi par l'article 786, que même il conduit logi-

[1] *V.* t. I, p. 257 à 277; t. II, p. 81 à 110, 148 à 167. A l'appui de la doctrine que j'ai défendue, je dois citer M. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil* (1843), t. III, p. 328 et suiv.

[2] M. Coin-Delisle, *Commentaire des donations et des testaments*, p. 146, n°s 10 et suiv.

quement[1] à la doctrine actuelle de la Cour de cassation, et amène à décider que le renonçant conservera sa donation entière, sauf la réserve de chacun des héritiers.

Pour échapper à ce résultat et mieux assurer, à ce qu'il pense, le caractère du droit de réserve, M. Coin-Delisle ne recule devant aucune conséquence : la donation, retenue par l'enfant renonçant, s'imputera exclusivement sur la quotité disponible (art. 785, 845); toutefois, l'existence de cet enfant augmentera la réserve (art. 913); mais la part qui lui aurait été attribuée dans la réserve, s'il eût accepté, accroîtra aux héritiers (art. 786).

Je ne reprendrai pas la discussion de ce système[2], mais je ne puis m'empêcher de remarquer qu'il sacrifie l'intérêt de l'enfant donataire renonçant, ainsi que les droits des donataires postérieurs à lui et des légataires, pour procurer aux enfants venant à la succession, un bénéfice imprévu que rien ne peut justifier en équité.

Quoi qu'il en soit, voici en substance l'argumentation de l'auteur :

Deux systèmes opposés régnaient concurremment, dans l'ancien droit, sur la question proposée : l'un applicable aux *réserves coutumières*, l'autre à la *légitime*.

Le Code civil, suivant la voie déjà tracée par la loi du 17 nivôse an II, a pris pour base de la législation moderne le système des réserves et proscrit le système de la légitime.

Donc il faut appliquer aujourd'hui le système consacré dans la matière des réserves, et ne tenir nul compte des principes admis en matière de légitime.

Ainsi posée, la question doit être résolue par l'histoire; aussi M. Coin-Delisle consacre-t-il à l'ancien droit de riches et intéressants développements.

Il établit : 1° que les réserves n'étaient pas intimement liées au système de la succession des propres, car, dans certaines coutumes, elles atteignaient les acquêts et les meubles; 2° que les

[1] *Limite du droit de rétention*, n° 232, p. 266. — Je prends acte de cette concession.

[2] V. *Revue critique*, t. II, p. 101 et 103.

réserves n'avaient pas été introduites exclusivement pour conserver les biens aux lignes collatérales. Tout au contraire, dit-il (n° 35), « le but principal des Coutumes a toujours été le soin » de la postérité. Le bon sens le prouve, le législateur n'a pas » pu penser aux collatéraux avant que d'avoir pensé aux enfants; » c'était donc pour les enfants surtout, et dans l'espoir que les » enfants les conserveraient eux-mêmes à leur postérité, qu'il » était défendu de donner aux étrangers les biens qu'on avait re- » çus de ses pères; et quand la postérité venait à manquer en » ligne directe, s'il y avait échute en collatérale, c'était juste- » ment au profit de la branche descendante de celui-là qui avait » mis les biens dans la famille... Les textes des Coutumes le » prouvent aussi, puisque les réserves s'y trouvent quelquefois » plus fortes quand il y a des enfants que lorsqu'il n'y en a pas... » (Vermandois, art. 51). Voilà une réserve spéciale établie en » faveur des enfants exclusivement. Il n'était donc pas contraire » à la nature des réserves d'être faites en faveur des enfants. » Les réserves, en un mot, étaient le moyen primitif imaginé par les Coutumes pour régler le sort de la famille; elles « étaient » considérables relativement aux biens qui en étaient frappés, les » deux tiers, les trois quarts, les quatre quints. Néanmoins elles » étaient souvent insuffisantes pour assurer des ressources aux » enfants. En effet, elles ne portaient ordinairement que sur les » propres, et dans certaines Coutumes, comme à Paris, les pro- » pres pouvant être donnés entre-vifs, même en totalité, la ré- » serve ne portait plus que sur les donations testamentaires. Dans » les Coutumes où il n'était permis de donner que le quint, le » quart ou le tiers des propres, il était possible que le donateur » fût un homme nouveau, artisan de sa fortune qui n'aurait » consisté qu'en acquêts; il était possible encore que les propres » eussent été vendus. Quels moyens ont été employés par les » Coutumes pour venir alors au secours des enfants? » Ce fut d'abord, en certaines Coutumes, l'attribution d'un douaire propre aux enfants; ce fut ensuite d'une manière générale, et à peu près uniforme, l'introduction de la *légitime de droit*. Ainsi transplantée en pays coutumier, la légitime y subit une importante modification. « Comme elle s'était glissée dans la Coutume sous

» l'influence des réserves coutumières, dont les enfants se trou-
» vaient saisis de plein droit, et qu'on ne pouvait recueillir qu'en
» qualité d'héritier, on regardait, en droit coutumier, l'enfant
» comme saisi de la légitime de droit aussi bien que des réserves,
» et la règle générale était qu'il fallait être héritier pour deman-
» der la légitime de droit fixée par l'article 298 de la Coutume
» de Paris et autres semblables. »

C'est là, suivant M. Coin-Delisle, une grave innovation du droit français; mais, pour le surplus, la légitime fixée par la Coutume suivait en général les principes du droit romain; elle « était
» due à l'héritier distributivement et individuellement. Si l'un
» des héritiers bénéficiaires ne revendiquait pas sa légitime de
» droit [1], elle n'accroissait pas aux autres héritiers. Cette doc-
» trine, contraire au mode général de l'exercice des réserves cou-
» tumières, n'en était pas moins certaine. Dès que la légitime
» de droit pour les enfants était empruntée au droit romain, il
» était conséquent qu'elle en suivît les règles; et, d'un autre
» côté, les textes coutumiers étaient précis et distributifs : *moi-*
» *tié de telle part et portion que chacun eût eue...* » (Paris, art. 298.)

Ainsi, « la légitime de l'enfant qui renonçait profitait au do-
» nataire universel, et n'était pas dévolue par droit d'accroisse-
» ment aux cohéritiers du renonçant [2]; » voilà comment on explique, dans l'ancien droit, la rétention cumulée du donataire renonçant, et voilà comment, *a contrario*, on la repousse aujourd'hui. Cet argument historique a une importance capitale dans la doctrine de l'arrêt *Laroque de Mons;* aussi tous les au-

[1] M. Coin-Delisle a-t-il une intention particulière en employant cette formule équivoque : *si l'un des légitimaires ne revendiquait pas ..?* S'il l'applique seulement à l'enfant qui, après avoir accepté la succession, néglige d'intenter l'action en réduction, je suis de son avis, et j'ajoute que ce résultat se produirait encore aujourd'hui sous le Code Napoléon. En effet, comme les actions héréditaires se divisent de plein droit, le donataire, assigné en réduction par un seul des héritiers à réserve, pourra exciper de l'existence prouvée des autres héritiers (art. 136 C. Nap.) pour restreindre l'action du demandeur aux limites de sa portion héréditaire.

Mais puisque M. Coin-Delisle donne le rapport de M. Porriquet comme résumé et conclusion de sa propre doctrine, je suis autorisé à interpréter ses paroles par celles de ce savant magistrat.

[2] Cette phrase est littéralement extraite des motifs de l'arrêt *Laroque de Mons.*

teurs qui défendent cette doctrine l'ont-ils accueilli, et M. Coin-Delisle y insiste encore aujourd'hui avec une grande force. Il faut pourtant que cet argument disparaisse de la discussion, car il est fondé sur une erreur matérielle à laquelle l'autorité de M. Porriquet a donné cours dans la doctrine moderne. Cette erreur, je l'ai déjà relevée dans cette *Revue* [1]; j'ai cité à l'encontre des textes précis de Ricard, de Lebrun et de Bourjon; mais puisqu'on y revient encore, je dois reprendre la question de plus haut et tâcher de me mieux faire comprendre.

Je n'entends pas cependant discuter de nouveau, dans son ensemble, la question de l'étendue du droit de l'enfant donataire, ni surtout accepter la solidarité des dix-neuf arguments que combat M. Coin-Delisle (n° 122); pour le moment, je veux concentrer le débat sur ce seul point : La part de l'enfant renonçant [2] accroissait-elle à ses frères, réduits à leur légitime, 1° dans le droit romain des Pandectes; 2° dans le droit romain des Novelles et dans les pays de droit écrit; 3° dans le droit coutumier?

1°) Dans le droit des Pandectes, il n'y avait pas accroissement dans la légitime, mais il y avait accroissement dans la *querela inofficiosi testamenti*.

Expliquons-nous :

Les mœurs avaient établi que les parents manquaient à leur devoir lorsque, exhérédant ou omettant leurs enfants dans leurs testaments, sans juste motif, ils ne leur laissaient pas au moins, à titre de legs ou autrement, le quart de ce que chacun aurait eu droit d'avoir dans la succession *ab intestat;* en d'autres termes, *le quart de leur portion légitime*. Si cette fraction ne lui était pas laissée à un titre quelconque, l'enfant injustement omis ou exhérédé pouvait attaquer le testament comme *inofficieux*, le faire infirmer pour le tout, et la succession alors se partageait *ab intestat* [3].

[1] T. II, p. 91 et 95.

[2] Je réserve la question à l'égard de l'enfant justement exhérédé, et je me propose de l'examiner plus tard, en traitant de l'enfant exclu pour cause d'indignité.

[3] Sous l'empire de la loi 30, Cod., *De inofficioso testamento* (III, 28), le testament ne pouvait être infirmé pour le tout que si rien n'avait été laissé à l'enfant; si l'enfant avait reçu une valeur quelconque, il n'avait que l'action en supplément, bien différente de la *querela*. *V.* Du Caurroy, sur le § 3, Instit., *De inoff. testam.*

Que décider si le testateur, ayant deux enfants, les exhérède tous deux; laissant à *Primus*, à titre de legs, le quart de sa portion légitime, c'est-à-dire un huitième de son patrimoine, ne laissant rien à *Secundus*?

Si *Secundus*, que nous supposons injustement exhérédé, intente la *querela*, le testament sera infirmé pour le tout, et chaque enfant prendra la moitié de la succession.

Mais si *Secundus* renonce à se plaindre, *Primus* sera-t-il reçu à se plaindre en son nom propre, par cela qu'il a seulement un huitième du patrimoine, et que son frère ayant renoncé à son droit, il est lui *Primus* comme s'il était seul enfant, et devrait avoir un quart?

L'affirmative a été soutenue[1], et cette opinion est rigoureusement exacte dans un calcul purement mathématique. En effet, si le père de famille n'eût pas testé, arrivant la renonciation de *Secundus*, *Primus* aurait eu droit à l'hérédité entière. N'est-il donc pas fondé à soutenir qu'ayant reçu un huitième seulement, il n'a pas le quart de sa portion légitime? Mais les procédés mathématiques conviennent mal à la jurisprudence, et l'affirmative sur notre question a été justement condamnée par les interprètes les plus autorisés du droit romain[2]. En effet, l'infirmation du testament dépend de cette question : le père de famille a-t-il manqué à ses devoirs envers ses enfants? Dans l'espèce, s'il y a manqué, c'est envers *Secundus* : or *Secundus* renonce à se plaindre, et comme c'est à chacun à venger sa propre injure, *Primus*, rempli de sa portion, ne peut attaquer le testament de son père[3].

[1] Vinnius, *Select. juris quæst.*, lib. 1, cap. 21, cite en ce sens Dynus et Salicetus, glossateurs du XIVe siècle.

[2] *V.* Vinnius, *loco citato*, et les autorités qu'il rapporte.

[3] Ulpien, l. 8, § 8, D., *De inofficioso testamento* (V, 2) : « Quoniam autem » quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an » exheredatus *partem faciat*, qui non queritur; utputa sumus duo filii exhere- » dati. Et *utique faciet*, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non » totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis » nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia, unum ex » filiis semuncia querela excludit. »

La première partie du texte suppose que chacun des enfants a droit de se plaindre en son nom personnel; mais, tant que *Secundus* est encore dans le délai utile pour agir en son nom propre, *Primus non totam hereditatem debet*, *sed dé-*

Au contraire, si *Primus*, en son nom personnel, a droit d'intenter la *querela*, et par conséquent de réclamer l'hérédité *ab intestat*, l'accroissement de la part vacante se produit nécessairement : *Primus* aura l'hérédité tout entière [1].

2°) Justinien, par la novelle 115 (chapitre 3), ordonne aux parents de laisser la légitime à leurs enfants à titre d'institution d'héritier. Le titre d'héritier emporte, de sa nature, le bénéfice de l'accroissement. Aussi, en principe général, depuis cette novelle, la légitime de chaque enfant doit s'accroître par la renonciation d'un d'entre eux, non pas en ce sens que la portion du légitimaire renonçant accroisse exclusivement aux autres enfants, mais en ce sens que chacun des enfants vienne concourir avec l'héritier principal sur cette part vacante, dans les proportions assignées par le testament.

Mais ce résultat peut être facilement évité, et le bénéfice de l'accroissement attribué exclusivement à l'héritier principal, au

midiam petere. Ce résultat se produirait encore aujourd'hui sous le Code Napoléon. (V. *suprà* la note 1 de la page 732.)

Mais la fin du texte *Proinde si sint* est déterminante contre l'opinion de Dynus et de Salicetus ; c'est sur ce point qu'il faut dire avec VINNIUS (*Select. jur. quæst.*, l. 1, ch. 21) : « Omnino distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri » accrescendi, et *legitimam relictam* in qua non item. » (*V.* les textes cités à la note suivante.)

[1] Paul, l. 17, pr. D., *De inoff. test.* (V, 2) : « Qui repudiantis animo non venit » ad accusationem inofficiosi testamenti, *partem non facit* his, qui eamdem que- » relam movere volunt. Unde, etc. » — Paul, l. 23, § 2, *eodem* : « Si duo sint » filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea con- » stituit non agere, pars ejus alteri accrescit. Idemque erit, et si tempore ex- » clusus sit. »

Il importe de se fixer sur le sens de cette locution consacrée *partem facere*. Quand la légitime est une fraction invariable de l'hérédité (comme sous la Coutume de Paris, art. 298), les légitimaires ont toujours intérêt à ce que le renonçant *ne fasse point de part* (Lebrun, *Successions*, l. 3, ch. 8, sect. 2, n° 77), parce qu'alors leur part s'augmente d'autant *jure non decrescendi*. Au contraire, quand la légitime est graduée sur le nombre des enfants (comme sous la novelle 18 et le Code Napoléon), les légitimaires ont souvent intérêt [a] à ce que celui d'entre eux qui ne prend pas sa part *fasse nombre*, à l'encontre de l'héritier principal ou du légataire universel. De là le principe reçu en pays de droit écrit : « Repu- » dians *partem non facit*, at certe *numerum faceret* » (Barry, *De successionibus*, l. 16, tit. 2, n° 5) ; ou encore : « Filia (quæ renuntiavit) *facit partem*, *sed* » *non admittitur ad partem*. » (Barry, *ibid.*, l. 8, tit. 12, n° 23 ; Ferrerius, *in quæst.* 295 Guidonis Papæ.)

Voilà ce qui a jeté une si grande confusion dans la matière. Cf. Ricard, *Donations*, 3e partie, n°s 1061 et 1062, et *infrà*, p. 740, note 1.

[a] Sauf, en un cas, la bizarrerie du système de la novelle 18, qui donnait plus à quatre enfants qu'à cinq. (*V.* M. Coin-Delisle, n° 49.)

moyen d'une institution des légitimaires *in re certa* [1]. Or l'usage d'une semblable institution s'établit en France, dans les pays de droit écrit, lorsque la novelle 115 commença d'y être appliquée. Ce n'est pas tout : il n'était plus nécessaire, depuis la loi *Omnimodo* (30, au Code, *De inoff. test.*), que la légitime fût laissée complète par les parents ; il suffisait d'une valeur quelconque pour assurer le maintien du testament et réduire l'enfant à l'action en supplément. Mais suffira-t-il d'une valeur dérisoire comme celle d'une institution *en cinq sols*, passée dans le style des notaires ? Sinon, où s'arrêter ? A vingt sols, à quarante sols, à dix-huit livres [2] ? L'ordonnance de 1735 (art. 51) trancha la controverse et l'institution des légitimaires *en cinq sols* s'établit définitivement dans la pratique.

Dans cet état, les principes du droit romain sur l'institution *in re certa*, amènent à déclarer que la part vacante du renonçant dans la légitime n'accroît pas aux autres légitimaires et profite exclusivement à l'héritier principal.

Ainsi, accroissement proportionnel, en cas d'institution des légitimaires *ex certa parte ;* accroissement exclusif au profit de l'héritier principal, en cas d'institution des légitimaires *ex certa re*, voilà les deux résultats auxquels conduisent les principes purs du droit romain. De ces deux résultats, le premier était admis par le parlement de Grenoble, le second par le parlement de Toulouse ; mais nos vieux auteurs motivent l'une et l'autre jurisprudence par des principes tout à fait propres au droit français [3].

[1] *V.* L. 35 et 78, D., *De hered. instit.* — L. 41, § 8, D., *De vulg. et pupill. substit.* — Justinien (L. 13, Cod., *De hered. instit.*), assimilant l'héritier institué *ex certa re* à un légataire, lui enlève l'exercice des actions héréditaires ; et toutefois, dans la novelle 115 (chap. 5), il se contente d'une institution de cette nature, ajoutant : « Unica enim est serenitatis nostræ cura, ut injuriam præteritionis et » exhæredationis parentum et liberorum tollamus. »

« Il semble, dit Henrys (L. 5, ch. 5, quest. 40, n° 3), que c'est *verbis dun-* » *taxat, et non rebus verbis imponere*..... Aussi plusieurs ont *douté que* » l'institution fût absolument nécessaire, etc. » Toutefois, la nécessité de l'institution prévalut. (V. *Revue*, t. II, p. 88.)

[2] Henrys et Bretonnier, liv. 5, ch. 4, quest. 41, n°s 3 et suiv.

[3] Pour le parlement de Toulouse, *V.* La Roche-Flavin, *Arrests notables*, l. 6, t. 59, art. 4, et t. 63, art. 11 ; — Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit*, l. 4, ch. 24, et l. 5, ch. 56.

Pour le parlement de Grenoble, *V.* Expilly, *Arrests*, chap. 234 ; — Guy-Bas-

En effet, la question est presque toujours soulevée à propos des renonciations anticipées des filles et des cadets, qui ont renoncé à la succession moyennant une dot inférieure à leur légitime [1], et il s'agit de savoir à qui profitera le supplément que ces enfants ont perdu le droit de réclamer. Pour régler la question, on se préoccupe uniquement d'apprécier la portée du pacte qui est intervenu sur la succession future. Le parlement de Toulouse interprète la renonciation anticipée des filles, ou, mieux, la cession qu'elles ont faite de leur légitime, comme consentie exclusivement en faveur de l'héritier principal, c'est-à-dire du fils aîné; en un mot, *pars accrescit heredi*. Suivant le parlement de Grenoble, *pars accrescit hereditati paternæ*, *non heredi*, c'est-à-dire que les parts vacantes, rentrées dans la masse du patrimoine, accroissent proportionnellement et à l'héritier principal et aux légitimaires [2].

Suivant un troisième système, la renonciation des filles doit profiter indistinctement à tous les mâles [3].

Enfin Dumoulin, imbu des idées coutumières, voit déjà dans le texte de l'Authentique de *Triente et Semisse* (novelle 18) le principe de l'*indisponibilité* d'une partie du patrimoine. Il en conclut que l'accroissement a lieu exclusivement au profit des légitimaires, et que l'héritier principal ne peut concourir avec eux qu'en proportion de la part qu'il prend lui-même, comme fils, dans la portion réservée. Mais Dumoulin fait exception pour le cas où il y a renonciation expressément consentie *in favorem*, ou disposition formelle en ce sens du statut local; et Maynard, s'emparant de cette concession, prétend que l'exception concédée par Dumoulin est la règle des pays de droit écrit [4].

set, *Plaidoyez*, liv. 5, tit. 9, ch. 12. — Cf. Barry, *De successionibus*, liv. 8, tit. 1, n° 23; liv. 11, tit. 25, n° 25; liv. 16, tit. 2, n°s 5 et 9.

V. encore Merlinus, *De legitima*, liv. 1, tit. 4, quest. 3, n°s 27 et 28.

[1] Si l'enfant renonce pour conserver plus que sa légitime, le cas est expressément réglé dans le sens du cumul par la novelle 92. *V.* M. Coin-Delisle, n° 55.

[2] *V.* Ant. Faber, *De erroribus pragmaticorum*, décad. 12, err. 9 et 10. — Ferrerius, *in quæst.* 295 Guidonis Papæ. — Remarquez qu'encore aujourd'hui, dans le midi de la France, on dit *faire un héritier*, pour indiquer une disposition par préciput.

[3] Ferrerius, *ibid.*

[4] Dumoulin, *Consilium* 29. — Maynard, l. 4, ch. 24. — L'accroissement ex-

3°) Aussi l'opinion de Dumoulin ne paraît pas avoir eu grand crédit dans les pays de droit écrit; mais logiquement elle devait dominer, et, en fait, elle régnait sans conteste dans les pays coutumiers.

Là, en effet, les règles anciennes du droit romain sur la légitime se trouvaient essentiellement modifiées par le principe : *institution d'héritier n'a lieu*. De ce principe fondamental, opposé directement au droit romain, il suit que les enfants sont *saisis* de leur légitime comme héritiers de leurs parents et comme héritiers *ab intestat* [1]; par conséquent les parents ne peuvent modifier en aucune façon le droit que leurs enfants tiennent directement de la loi [2], ni par une institution *in re certa* qui leur eût enlevé le droit d'accroissement, ni même par une institution de quotité qui les eût fait concourir sur les parts vacantes proportionnellement avec le légataire universel. Non, le légataire universel ne pourra jamais avoir un droit de même nature que celui des enfants; il ne prend que ce qui est disponible après l'acquittement de la légitime; et la légitime étant désormais une portion *indisponible* de l'hérédité, les enfants ne peuvent se trouver dépouillés du droit d'accroissement, attribut essentiel de la qualité d'héritier *ab intestat* [3].

Mais *quid* si le donataire de tout le disponible ou le légataire universel est lui-même un des enfants, ainsi qu'il pouvait arriver dans les Coutumes d'*égalité simple*? Dans ce cas, je l'avoue, il

clusif au profit de tous les légitimaires est encore soutenu par un jurisconsulte bourguignon, CHASSANÉE, *Consilium* 53.

[1] *V.* notamment Dumoulin, sur l'article 125 de l'ancienne Coutume de Paris et sur la Coutume de Bourges, tit. 18, art. 3. — Ferrière, sur Paris, art. 298, glose 1, n° 71. Ce dernier point n'est contesté par personne. *V.* notamment M. Marcadé (*Revue*, t. I, p. 264 et 267) et M. Coin-Delisle (n° 51).

[2] Bourjon, 2e partie des *Successions*, chap. 10, n° 4 : « Notre coutume a été » plus loin que le droit civil, par l'établissement de l'*indisponibilité*. » C'est l'établissement de l'*indisponibilité* qui, en pays coutumiers, a donné un caractère propre et original aux partages d'ascendants. Ce point vaut la peine d'être développé séparément.

[3] Dumoulin, *Consil.* 29, nos 5 et 7 : « Legitima non est beneficium parentis sed » legis..... De conditione et utilitate ipsius legitimæ est, ut in ea locus sit juri ac» crescendi, quæ commoditas et utilitas etiam substantiam ipsam ipsius legitimæ » concernit, ut patet ad sensum : ergo jus illud accrescendi de legitima, quod non » minus competit liberis communiter quam ipsa legitima, non potest impediri, » nec deterius fieri, quanquam acto machinamento, vel dispositione ipsius pa» rentis. »

eût été logique de décider que la légitime étant une fraction de la succession *ab intestat*, l'enfant qui renonce à cette succession ne peut rien prétendre sur cette portion, réservée aux héritiers. Mais cette déduction de la raison pure fut écartée par une considération tirée de la raison pratique : on considéra que la renonciation de l'enfant donataire ne pouvait modifier le caractère essentiel de toute donation faite par un père à ses enfants, que par conséquent la donation retenue par cet enfant devait s'imputer préalablement, comme tous les autres avancements d'hoirie, sur la part qu'il aurait eue dans la légitime en acceptant la succession [1]. Ce point une fois admis, les autres enfants se trouvent désintéressés dans le débat qui peut s'élever entre l'enfant donataire et les légataires ; et comme une donation ne peut jamais être réduite qu'à la requête des légitimaires, il suit que l'enfant donataire, avant de subir aucune réduction, pourra retenir, outre sa part dans la légitime, la totalité de la portion disponible.

Telle est, en substance, la doctrine défendue par Ricard [2],

[1] Ce sont les mêmes considérations que l'on a fait valoir dans le droit moderne, car la question n'a pas changé de face ; elle tient aux conditions essentielles de la famille. *V.* notamment Cassat. 25 mars 1834. — M. Coin-Delisle, *Donations*, p. 146, nos 10 et suiv. — MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, § 684 *ter*, note 12. — *Revue critique*, t. II, p. 107 et 152.

[2] Ricard, *Donations*, 3e partie, ch. 8, sect. 7, nos 1056 et 1057 : « Tous ceux » qui ne prennent point de part en la légitime, soit qu'ils en soient exclus a cause » de leur incapacité, ou en conséquence de la renonciation *pure et simple* qu'ils » y ont faite, ne doivent nullement être comptés pour faire l'estimation de la légi» time, et *leurs parts accroissent* ou plutôt *ne décroissent pas* aux autres. Cette » doctrine est fondée sur ce que la légitime n'est autre chose qu'une portion de » ce qui eût appartenu *ab intestat* à ceux qui la prennent, *quartam partem ejus* » *quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset*, » *L. Papinianus* 8, § *Si quis* 6, D., *De inoffic. testam.* » (Nos 1056, 1057.)

Mais, ajoute aussitôt notre auteur (nos 1063 et 1065) : « Ce que nous venons » d'établir en général doit recevoir, à mon avis, son exception lorsque l'enfant » qui ne prend point de part en la légitime n'est pas absolument incapable, et » aussi qu'il n'a pas renoncé purement et simplement, *sed aliquo accepto :* » comme quand le fils qui a reçu quelque chose de la libéralité de son père, trou» vant plus d'avantage à conserver ce qui lui a été donné qu'à se hazarder de rap» porter à la masse et au profit des autres ce qu'il auroit plus reçu, renonce à la » succession..... Dans cette espèce, il n'est pas absolument vrai de dire que les » enfants qui s'abstiennent de la succession n'y prennent point de part, attendu » qu'ils ont reçu leur partage en avancement d'hoirie, et qu'ils ne renoncent que » par la considération de ce qu'ils ont été satisfaits par la prévoyance de leur » père..... Comment pourrait-on en user autrement, vu que l'enfant qui renonce » *aliquo accepto*, est partie nécessaire dans la supputation, etc. »

V. toutefois, quant aux renonciations anticipées des filles, le no 1070 ; mai

suivie par Lebrun (*Successions*, liv. III, ch. 8, sect. 3, nos 77 et 80), et consacrée législativement par l'ordonnance de 1731 (art. 34). Mais avant l'ordonnance, la base de la théorie de Ricard n'est nullement dans les textes de la Coutume de Paris où on a cru la trouver [1], mais bien dans la distinction purement doctrinale établie entre le cas d'une renonciation pure et simple et le cas d'une renonciation faite *aliquo accepto*.

Cette distinction doit-elle être maintenue encore aujourd'hui? C'est la question du fond dans laquelle je ne veux pas rentrer; car tout ce que je prétends aujourd'hui, c'est d'en finir avec l'argument tiré du contraste du droit coutumier et du droit moderne sur l'organisation de la légitime.

Cependant M. Coin-Delisle est encore en droit d'insister : non-seulement, dit-il, la solution reçue en matière de légitime est incompatible avec l'organisation actuelle de la réserve (c'est la

l'exception même et l'interprétation restreinte qu'on lui donne en pays coutumier, témoigne de l'énergie du principe de l'accroissement.

[1] Les articles 298 et 307 de la Coutume de Paris (V. *Revue*, t. II, p. 93) ne sont nullement déterminants par eux-mêmes, et, en fait, nous venons de voir qu'ils n'empêchaient pas l'accroissement de se produire en règle générale. Ces articles aussi ne sont nullement cités, quand il s'agit de fixer l'étendue du droit de rétention de celui qui renonce *aliquo accepto*. Mais voici à quelle occasion Ricard invoque l'article 298 et le principe tant répété de l'attribution individuelle de la légitime. Certains auteurs, qu'il combat sans les nommer (n° 1058), disaient « que » tous les enfants doivent être considérés pour la liquidation de la légitime, sauf à » en priver, *mais en faveur des autres*, ceux qui en sont justement exclus, soit » par la loi, soit par leur renonciation volontaire. » C'était dire au fond : Tous les enfants doivent être comptés, mais les parts vacantes *accroissent* aux enfants héritiers. Ricard dit : Le renonçant ne sera pas compté, et la part des autres s'augmentera d'autant, *jure non decrescendi*. Le résultat pratique est identiquement le même là où la quotité de la légitime est invariable, comme elle était sous la coutume de Paris : pourquoi donc alors lancer à ses adversaires ces grands mots de *raisonnement captieux* et d'erreur *grossière*, qui ne font jamais avancer les discussions? C'est pour le plus grand honneur du droit romain. Ricard dit en substance (n° 1061) : Si l'on compte les renonçants, il ne se peut pas faire que leurs parts reviennent aux autres; le paragraphe *Quoniam* (§ 8, versiculo *Proinde*, L. 8, D., *De inoff. testam.*) s'y oppose, ainsi que l'article 298 de la Coutume.

Le paragraphe *Quoniam* est incompatible avec le principe de la saisine héréditaire des enfants en leur légitime (V. *suprà*, p. 734, note 3); et quant à l'article 298 de la Coutume, puisqu'il n'empêche pas le *jus non decrescendi*, je ne comprends pas comment il empêcherait le *jus accrescendi!* Aussi, il est à remarquer que les auteurs modernes qui ont reproduit le passage de Ricard sur l'attribution individuelle de la légitime (n° 1061), en ont conclu, sans hésiter, qu'il n'y avait pas d'accroissement en la légitime, erreur manifeste en présence du passage de Ricard que nous avons cité à la note précédente (n° 1056), et du texte de Dumoulin cité p. 738, note 3.

partie de son argumentation à laquelle je crois avoir répondu), mais encore une solution différente était donnée à notre question en matière de réserves coutumières. Là régnait « un usage » qui n'est point contesté, et duquel, dit Ricard (*Donations*, » 3e partie, n° 1463), nous ne devons pas nous départir, que » celui qui n'est pas actuellement héritier ne doit point prendre » part dans les quatre quints des propres, soit par droit de ré- » tention ou autrement. » Or, suivant M. Coin-Delisle, c'est évidemment le système des réservés qui a passé, avec le mot lui-même, d'abord dans la loi du 17 nivôse an II, puis dans le Code civil. Je ne suis pas frappé de cette évidence. La loi de nivôse a certainement adopté la théorie de l'*indisponibilité* d'une partie du patrimoine; mais cette théorie, avait-on besoin de l'aller chercher dans les réserves coutumières? Elle régnait déjà dans les pays coutumiers, même en matière de légitime [1]; cette *légitime de droit* était déjà en réalité une réserve, et, dans une refonte rationnelle de la législation, le mot *réserve* devait prévaloir comme beaucoup plus exact. Ces observations s'appliquent, à plus forte raison, au Code civil, qui s'est inspiré de l'esprit des coutumes *d'égalité simple* et des coutumes *de préciput*, et a proscrit définitivement le système des coutumes *d'égalité absolue*, exagéré par la loi de nivôse. Quoi qu'il en soit, cette question particulière reste entièrement dans le domaine de la probabilité, et il faut désespérer d'en trouver la solution précise dans les travaux préparatoires du Code, puisque M. Coin-Delisle n'a rien trouvé de concluant à cet égard, après avoir épuisé ce genre de recherches. Mais sur le terrain des probabilités, voici ce que je réponds à mon savant adversaire à l'aide des documents mêmes qu'il a produits avec une grande lucidité :

Les réserves coutumières et la légitime tendaient au même but et ne différaient que par leurs procédés; mais les réserves constituaient un système grossier et très-souvent inefficace dans l'intérêt de la famille, ainsi qu'il résulte des points suivants :

1° Les réserves coutumières étaient, *en général*, subordon-

[1] Dumoulin, *Consil.* 29, n°s 5 et 7, et Bourjon, 2e partie des *Successions*, ch. 10, n° 4, cités ci-dessus.

nées à la destination des biens en *propres* et *acquêts*[1];

2° Dans la plupart des Coutumes, notamment dans celle de Paris, il n'y avait pas subrogation des acquêts aux propres[2];

3° Dans la plupart des Coutumes, notamment dans celle de Paris, les réserves ne limitaient pas la faculté de disposer par testament[3].

Il suit de là que la légitime *de droit* était une institution beaucoup plus importante dans ses résultats que le système primitif des réserves coutumières; aussi le mot générique de *légitime* comprenait les deux institutions, et tous nos anciens auteurs qualifient les réserves du nom de *légitime coutumière*[4].

Enfin c'est le mot de *légitime* qui revient continuellement dans la discussion du Code civil; et si le mot de *réserve* prévaut dans la rédaction définitive, c'est, je le répète, qu'il est rationnellement plus exact.

Maintenant, à laquelle des deux institutions ressemble le plus la réserve du droit moderne? Est-ce aux réserves coutumières, ou à la légitime *de droit*, telle qu'elle était organisée dans les pays coutumiers? Que l'on compare et que l'on juge.

J'ai terminé cette longue discussion purement historique, mais je ne me fais pas l'illusion de croire que la solution de la question principale résulte uniquement des documents que j'ai produits. Quand même on m'accorderait que j'ai exposé avec exactitude la théorie ancienne, il resterait à savoir si cette théorie ancienne est bonne en elle-même, et si cette théorie est compatible avec les textes du Code Napoléon.

Sur la première question, qui est purement philosophique, la

[1] M. Coin-Delisle n'a pas détruit cet argument, malgré les observations pleines de justesse qu'il fait à ce propos (n° 34).

[2] *V.* Ferrière, sur Paris, art. 272, glose 3, n° 12.

[3] *V.* Ferrière, *ibid.*, n° 11. Ajoutons que l'admission des clauses de *constitut* ou de *précaire* dans les donations, ôtait beaucoup de son énergie à la règle *Donner et retenir ne vaut*, sanction des réserves coutumières (V. *Revue*, t. II, p. 558), et c'est également lors de la réformation de l'année 1580 que la Coutume de Paris consacra par des textes et la validité des clauses de précaire (art. 275) et le système de la légitime (art. 298). A mesure que la légitime se développait, les réserves perdaient de leur importance. C'est sans doute ce peu d'importance pratique qui n'a pas fait corriger le mode de calcul dont parle Ricard, et dont la valeur intrinsèque lui paraît fort peu satisfaisante. (Ricard, *Donations*, 3e partie, n° 1461.)

[4] *V.* Lebrun, *Successions*, liv. 2, ch. 4, et M. Coin-Delisle, n°s 36 et 58.

discussion est interminable : la contradiction de l'esprit humain est telle que là où la Cour de cassation voit le droit prépondérant (c'est-à-dire le droit du donataire), un jurisconsulte distingué [1] ne voit pas même le principe d'un droit, mais un intérêt peu respectable.

Quant aux textes, ils sont incohérents; l'article 845 [2] et l'article 924 [3] me condamnent, à ce qu'il semble, mais l'article 913 et l'article 921 m'absolvent. Aussi, parmi mes adversaires, les uns violent l'article 913 par une interprétation forcée [4], les autres violent l'article 921, en faisant profiter les légataires de la réduction d'une donation [5], et ceux qui veulent concilier tous les textes arrivent à un résultat dont le législateur n'a point eu conscience et que réprouve la raison pratique [6]. Dans cet état, et vu l'impossibilité, constante en fait, de s'entendre sur le système de la loi moderne, n'était-il pas raisonnable de faire revivre l'ancienne doctrine? C'est ce qu'a fait la Cour de cassation d'une manière persévérante, depuis son arrêt du 11 août 1829.

Ce serait beaucoup si l'on arrivait au moins à circonscrire ainsi le débat, en le dégageant de tous les arguments qui portent à faux ou qui ne portent aucunement. Alors on pourrait voir s'il faut ou accepter la jurisprudence actuelle comme un fait accompli, qui d'ailleurs peut se défendre par de puissantes considérations, ou au contraire provoquer de concert, et avec maturité, une interprétation législative. Le récent ouvrage de M. Coin-Delisle est un de ceux qui devront hâter la solution; l'étendue des recherches, l'ampleur de la discussion, le ton de bonne foi et de profonde conviction qui y règne partout, toutes ces rares qua-

[1] *V.* M. Marcadé sur l'article 919, n° IV, et *Revue*, t. I, p. 276.

[2] A propos de l'article 845, M. Coin-Delisle (n° 202) fait une objection saisissante : Que décidera-t-on pour l'enfant légataire renonçant à la succession? La question est délicate, ainsi que je l'avais pressenti (*Revue*, t. II, p. 95, note 3); j'essayerai d'y répondre dans une dissertation spéciale.

[3] L'article 924, sur lequel Delvincourt fondait la doctrine que j'ai défendue, m'a paru, au contraire, dans sa rédaction actuelle, fournir contre elle une objection plus grave encore que l'article 845 (*Revue*, t. II, p. 97). J'insiste sur ce point, parce que la citation que M. Coin-Delisle (n° 263) fait de mon travail pourrait faire mal comprendre ma pensée.

[4] M. Coin-Delisle (n°s 165 et suiv.) combat cette interprétation. *V.* encore cette *Revue*, t. II, p. 103, n° 15.

[5] V. *Revue*, t. II, p. 108.

[6] V. *Revue*, t. II, p. 103, n° 14.

lités enfin qu'on lui connaît déjà, feront apprécier son livre par les jurisconsultes, et, pour ceux-mêmes qu'il n'arrivera pas à convaincre, il aura atteint son but principal : il aura fait avancer la science.

GABRIEL DEMANTE.

DE LA PROPRIÉTÉ DES EAUX NAVIGABLES.

Par M. DUWARNET,
Avocat du barreau d'Évreux.

Si le Conseil d'État a invariablement jugé, jusqu'à nos jours, que les concessions faites, avant l'édit de février 1566, par les rois de France, sur les rivières navigables, étaient légales et conféraient aux concessionnaires un droit de propriété dont ils ne pouvaient être dépouillés sans indemnité, la Cour de Rouen vient de consacrer le principe contraire. Elle a décidé, le 20 juillet 1852, dans une cause où il s'agissait d'aliénations antérieures à 1566, que les eaux navigables n'avaient jamais fait partie du domaine de l'État; que de tout temps, au contraire, elles avaient appartenu au domaine public, et qu'à ce titre elles n'avaient jamais été susceptibles d'un droit de propriété privé et absolu[1].

Ce dissentiment, dans lequel une juridiction souveraine de droit commun se montre plus domaniste que le Conseil d'État même, est grave et mérite le plus sérieux examen.

§ 1.

Sans doute, si la législation romaine a été acceptée, en son entier, par la conquête; si la royauté barbare s'est modelée sur

[1] Attendu que les rivières navigables n'ont jamais fait partie du domaine de l'État, mais ont toujours été une partie intégrante du domaine public; qu'à ce titre elles sont exclusives d'un droit de propriété privé et absolu; d'où il suit que la suppression d'usines qui y auraient été établies par concession, ne saurait jamais avoir le caractère d'une expropriation.

Rouen, 1re chambre, 20 juillet 1852 (meuniers de Vernon contre l'État).

les constitutions impériales, il est incontestable qu'elle n'a possédé les eaux navigables que comme domaine public. A Rome, en effet, toutes les eaux pérennes (*aquæ perennes*) faisaient partie de ce domaine, resté dans l'indivision primitive, commun à tous, qui a nom domaine public, et les empereurs n'en avaient que l'administration ou la surintendance.

Flumina autem omnia et portus publica sunt. (Just., *De rer. div.*)

Sola ea publica sunt, quæ populi romani sunt. (ff., l. 15, *De verb. signif.*)

Publicum autem flumen id esse definitur, quod perenne est, sive sit navigabile, sive non. Cætera sunt privata. (ff., l. 1, *De flum.*)

Mais en vérité, qu'y a-t-il de commun, au point de vue du droit politique, entre la royauté barbare et les institutions romaines? Et quand l'histoire ne l'attesterait pas, la raison, à son défaut, ne serait-elle pas là pour faire comprendre que les conquérants de la Gaule, tout en permettant au peuple vaincu de vivre selon ses propres lois, n'ont point accepté pour eux-mêmes le droit public des Romains; que, loin de là, ils se sont approprié, à droit de conquête et d'une manière absolue, tout le domaine possédé par les empereurs, à quelque titre que ceux-ci en eussent joui? Sur ce point, le témoignage de l'histoire est précis.

« Les Francs, dit Montesquieu, ne suivirent pas le même » plan. Ils avaient conquis; ils prirent ce qu'ils voulurent et ne » firent de règlements qu'entre eux.

» Ils prirent les terres qui leur convinrent et laissèrent le reste. »

M. Guizot..... « Les barbares, tout en conservant leurs cou- » tumes, tout en demeurant les maîtres du pays, se trouvèrent » pris dans les filets de cette législation savante, et obligés de » lui soumettre, en grande partie, *non sans doute sous le point* » *de vue politique*, mais en matière civile, le nouvel ordre social. »

M. Blondeau (*Destinées du droit romain en Orient et en Occident*)..... « Il est certain que tout en rendant hommage à la » supériorité du droit romain, les vainqueurs ne renoncèrent » pas à leur droit national; ils n'adoptèrent pas la législation

» romaine comme loi générale; seulement ils en permirent l'u-
» sage à leurs sujets romains.....

» Le droit romain ne périt donc pas, mais du rang de loi gé-
» nérale *et territoriale*, il descendit, après la conquête, à celui
» *de simple droit personnel.* »

Telle était la situation après la conquête, mais elle ne fut pas de très-longue durée, car, au témoignage de Montesquieu, le droit romain se perdit dans les Gaules, même comme droit privé et personnel, à cause des grands avantages qu'il y avait à être Franc ou homme vivant sous la loi salique [1]. Ce sont là les derniers enseignements de l'histoire, et on ne saurait les récuser sans revenir à l'opinion, tant de fois jugée et condamnée, de l'abbé Dubos, qui est allé chercher dans la loi *regia* l'origine de la souveraineté en France. « La loi *regia*, a-t-il dit, transmit la
» puissance du peuple romain entre les mains d'Auguste; les
» successeurs d'Auguste établirent dans les Gaules un gouverne-
» ment formé sur le modèle de l'empire romain. Clovis, en en-
» trant dans les Gaules, fut assez sage pour se féliciter d'y trou-
» ver un gouvernement tout monté; il se garda bien d'y changer
» quelque chose; il en prit tous les outils, et se contenta de se
» mettre à la place des empereurs qui imprimaient le mouve-
» ment à toute la machine. »

Cette distinction entre le droit privé et le droit public des Romains, l'un toléré comme loi personnelle des Gallo-Romains, l'autre répudié par les rois francs, est appuyée d'un fait capital, décisif qui n'a pas eu moins de cinq cents ans de durée, temps pendant lequel les deux premières races ont régné sur la France. On sait, en effet, que les rois francs ont, à toutes les époques, disposé en maîtres absolus et à droit de conquête, du domaine possédé par les empereurs romains, c'est-à-dire aussi bien des choses qui, selon le droit romain, faisaient partie du domaine public, que de celles qui formaient le domaine impérial proprement dit, les unes et les autres étant, au même titre, confondues dans leurs mains. Le nombre des concessions qu'ils ont faites, des eaux navigables, à leurs compagnons, aux églises,

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, t. IV, p. 12.

aux monastères et même aux simples particuliers, est infini, et, ces concessions, ils ne les ont pas faites seulement à titre d'usage, mais bien à perpétuité, *cum integritate, et jure proprietario* (ce sont leurs termes), non pas comme administrateurs ou surintendants du domaine public, mais en propriétaires, en maîtres absolus, en vertu du droit de conquête. Les exemples les plus remarquables en ont été recueillis, dans ces derniers temps, par les deux auteurs (Championnière et M. Rives) qui ont été le plus avant dans la recherche des sources de cette partie de notre droit domanial, et rien n'est mieux dessiné, n'est plus exact et plus complet que le tableau qu'ils en ont fait. C'est l'histoire à la main qu'ils nous prouvent que les eaux navigables n'étaient pas moins l'objet des concessions à titre définitif et perpétuel, des rois barbares, que les cours d'eau non navigables. Leurs doctes élucubrations ont rectifié bien des erreurs [1].

Il faut donc poser comme vérité historique, que si le droit romain a survécu dans les Gaules à la chute de l'empire, ce n'a été que comme droit privé purement personnel aux Gallo-Romains, et non plus comme droit territorial; que les rois francs ne l'ont point accepté comme droit public; qu'ils se sont emparés à droit de conquête, aussi bien de ce qu'on appelait le domaine public, que du domaine proprement dit des empereurs; et que cinq cents années durant, ils en ont disposé en propriétaires absolus; d'où il suit qu'à moins qu'on ne nie que la domanialité des rivières navigables soit une question de droit public, on ne peut demander à la législation romaine quelle était la condition des rivières sous les rois des deux premières races.

« La loi romaine, dit M. Rives (page 28) en parlant des con-
» cessions faites *jure perpetuo* par les rois francs, la loi romaine
» perd toute son autorité parmi nous, puisque notre droit na-
» tional s'établit sur des principes absolument différents; on a
» trop oublié jusqu'à présent cette circonstance capitale dans le
» débat qui s'agite. »

Passons à l'époque féodale.

Sur la fin de la seconde race est apparue la féodalité, que

[1] Championnière, p. 652-645. — M. Rives, p. 20-48.

Montesquieu compare à un chêne antique dont on voit de loin le feuillage et la tige, mais dont on ne peut trouver les racines qu'en perçant la terre.

Ce grand événement, qu'a-t-il fait? A-t-il fait revivre le droit public romain? a-t-il rétabli l'ancienne distinction entre le domaine proprement dit des empereurs et le domaine public? a-t-il fait passer par exemple les rivières navigables, du domaine plein et entier des rois, dans le domaine public? les concessions existantes, de définitives et perpétuelles qu'elles étaient, les a-t-il rendues précaires? Non assurément.

A l'avénement de la troisième race, les bénéfices ou fiefs, de viagers qu'ils étaient, deviennent héréditaires et patrimoniaux. La France est démembrée et divisée en mille et mille seigneuries, ayant leur existence politique individuelle, indépendante, leurs souverains, leurs lois, leurs usages particuliers. Chaque seigneur s'empare d'un lambeau du manteau royal, et dans son territoire se substitue au roi. Une maxime s'accrédite, en vertu de laquelle tout seigneur féodal a, soit en domaine, soit en directe, *la propriété universelle et privée de sa circonscription censuelle*..... Enfin la royauté vaincue est enfermée dans son comté de Paris...; elle reste sans doute propriétaire des fleuves qui coulent dans son enclave, mais chaque seigneur le devient aussi de ceux qui traversent son fief.

Y a-t-il place dans une organisation de ce genre pour les principes du droit romain, en fait de domaine public? Est-il rien, au contraire, de plus antipathique que le droit romain et la féodalité, et comprendrait-on l'existence d'une communauté, d'une indivision primitive, en présence de la maxime féodale qui donne à chaque seigneur la propriété universelle et privée de sa circonscription censuelle? Eh bien! cet état de choses a duré huit siècles. C'est assez, sans doute, pour le considérer comme une des origines de notre droit domanial. A la vérité, dans ce long intervalle, des efforts ont été faits pour briser l'indépendance des barons; pour recomposer la couronne effeuillée par la main de la féodalité; pour restaurer la royauté démantelée et la faire pénétrer dans les fiefs indépendants..... On sait l'histoire de la lutte opiniâtre qui s'est engagée entre les légistes et les barons; l'in-

fluence décisive qu'elle a eue même sur la civilisation française... Mais quand Philippe de Beaumanoir en 1283, et depuis Bouteiller et tant d'autres écrivaient que les rivières navigables appartenaient au roi, était-ce pour poser la distinction du domaine public, ou n'était-ce pas uniquement plutôt pour rendre à la couronne la propriété des rivières telle qu'elle appartenait aux rois des deux premières races? C'est cette dernière hypothèse qu'il faut admettre, puisqu'ils soutenaient alors que le roi successeur de Charlemagne devait hériter de son immense puissance [1]; toutefois, et longtemps encore, ce ne fut là qu'une opinion de juristes, car il n'apparaît pas qu'elle soit passée dans la législation avant 1583. La première ordonnance, en effet, où le roi ait osé dire *nos rivières*, est celle de 1583 [2].

Cette époque coïncide précisément avec celle de la réformation des coutumes... Or nonobstant l'ordonnance de 1583, celles des coutumes qui se sont occupées des rivières, les ont adjugées aux seigneurs, sans distinction entre les fleuves et les eaux non navigables. Cela explique pourquoi le roi a édicté dans l'ordonnance de 1669, titre 27, article 41, que la propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux faisait partie du domaine de la couronne. Il a voulu trancher la question, et sa déclaration s'est adressée à la féodalité. Cette ordonnance est la première qui ait constitué le droit public touchant les rivières navigables [3]. Depuis lors les coutumes ont été interprétées dans un sens restrictif, et par ces mots si compréhensifs, *eaux courantes*, on n'a plus entendu que les cours d'eau non navigables. Mais rencontre-t-on soit dans les coutumes, soit dans l'ordonnance de 1669, une distinction entre le domaine public et le domaine proprement dit du roi? Y est-il dit que les rivières navigables appartiennent au domaine public? Vainement on l'y chercherait. Les rivières navigables ne sont plus aux barons, elles appartiennent au roi, voilà tout...; *appartiennent* c'est le mot des légistes, et il signifie nettement propriété pleine et entière, et non pas surintendance ou simple administration.

[1] Troplong, *De l'influence des légistes sur la civilisation française.*
[2] Rives, p. 42.
[3] Rives, p. 43.

La propriété des fleuves, dit l'ordonnance de 1669, fait partie du domaine de la couronne; la distinction du domaine public n'est donc pas encore faite. Mais poursuivons, et à son tour la législation subséquente va nous venir en aide.

Avril 1683. — Déclaration du même roi, portant dans son préambule : « Comme les grands fleuves et les rivières navigables » *appartiennent en pleine propriété* aux rois et aux souverains, » par le seul titre de leur souveraineté. Tout ce qui se trouve » renfermé dans leurs lits nous appartient, et personne n'y peut » prétendre aucun droit sans un titre exprès et une possession » légitime...; et plus loin, nous avons pareillement confirmé et » confirmons *en la propriété* et *jouissance desdits* droits et même » en ceux de justice et *de propriété* desdites rivières, les églises » et monastères de fondation royale. »

Décembre 1693. — Nouvel édit non moins remarquable. « Louis, etc..... Le droit de propriété que nous avons sur tous » les fleuves et rivières navigables de notre royaume étant incon- » testablement établi par les lois de l'État, comme une suite et » une dépendance nécessaire de notre souveraineté..., etc... »

Se peut-il qu'en présence de textes aussi formels, on persiste à soutenir que les rois ne détenaient les fleuves que comme surintendants du domaine public. Ainsi, dans l'ordonnance de 1669, c'est la propriété; dans la déclaration de 1683, la pleine propriété; dans l'édit de 1693, le droit de propriété, qui appartient à la couronne, et l'édit va même jusqu'à confirmer les églises et monastères de fondation royale dans la *propriété* qui leur a été transmise desdites rivières. Qu'on y réfléchisse! si la pensée de Louis XIV avait été de reconstituer ce domaine public, qui est l'indivision même primitive et qui appartient à tous (*sola ea publica sunt quæ populi romani sunt*); si sa pensée avait été d'y faire entrer les rivières navigables par l'ordonnance de 1669, s'en fût-il attribué la pleine propriété, à titre de souveraineté, et plus encore, eût-il confirmé les transmissions de propriété qui en avaient été faites aux églises et aux monastères de fondation royale. Il ne saurait plus y avoir de doute, les rivières navigables étaient susceptibles d'un droit de propriété privée, puisque l'édit de 1693 confirme les églises et les monastères dans la propriété

qui leur en a été concédée; et si elles étaient susceptibles d'un droit de propriété privée, comment peut-on dire qu'elles faisaient partie du domaine public, essentiellement imprescriptible et inaliénable ?

Telle était la législation en 1693. Depuis lors et jusques à la loi du 22 novembre 1790, trouve-t-on un texte qui ait divisé le domaine de la couronne en domaine patrimonial et domaine public; qui ait fait entrer les eaux navigables dans le domaine public..., et qui en ait enlevé au roi la pleine propriété? Non, il faut donc reconnaître que c'est de cette dernière loi seule que date, dans notre droit domanial, la distinction du domaine public.

Nous n'avons plus qu'un mot des édits de 1683 et de 1693 à expliquer. Les rivières navigables, y est-il dit, appartiennent au roi par le seul titre de sa souveraineté..... Qu'est-ce donc que ce titre de souveraineté et que signifie-t-il? renferme-t-il l'idée du domaine public? Et parce que le roi n'avait la pleine propriété des rivières qu'à titre de souveraineté, s'ensuivait-il que les rivières fissent partie de ce qu'on appelle le domaine public? Nullement, car c'était aussi à titre de souveraineté qu'il était propriétaire des autres biens de la couronne, tels que les forêts, les châteaux royaux, etc... Sans doute, au point de vue de l'inaliénabilité, on peut tirer argument du droit de souveraineté, mais il n'implique pas la distinction du domaine public. Brillon écrivait en 1723 : « Cette déclaration, relative à une précédente de » 1664, décide que les fleuves et les rivières navigables appar- » tiennent au roi en pleine propriété, par le seul titre de sa sou- » veraineté, et de même tout ce qui s'y trouve renfermé, comme » îles, îlots, etc. »

A ce sujet, nous rappellerons un passage de l'ouvrage très-remarquable que la science doit à M. A. Daviel. Après avoir reproduit les principes constitutifs du domaine public sous la législation romaine, l'auteur dit relativement aux rivières navigables : « La grande révolution opérée, au moyen âge, dans le droit » public des nations européennes par l'établissement de la féo- » dalité, devait, en déplaçant la souveraineté et en l'érigeant en » patrimoine, intervertir par suite les principes sur le domaine » des cours d'eau.

» Ce ne fut plus pour le souverain un simple droit de garde » et de surveillance; ce fut un droit absolu de propriété, de sorte » que le roi put aliéner à des particuliers ses droits sur les ri- » vières et leur permettre, moyennant finance, des établisse- » ments qui gênaient ou même supprimaient entièrement l'usage » public. »

C'est bien là sans doute ce que nous venons d'exposer; mais l'auteur ne va pas assez loin; il suppose à tort que les rois n'ont eu la propriété et la libre disposition des eaux navigables que depuis l'avénement de la féodalité, comme si jusque-là, et sous les deux premières races, le droit public français n'avait pas été autre que la législation romaine qui attribuait les rivières au domaine public... Nous avons prouvé au contraire, grâce aux monuments historiques si consciencieusement rappelés par Championnière et par M. Rives, que la propriété même des rivières était, depuis la conquête, un des attributs de la souveraineté.

Mais l'auteur ajoute, et ceci est plus grave : « L'ordonnance » de 1566, qui déclara le domaine du roi inaliénable, fut un » premier remède à de pareils abus, dans un temps où l'on ne » savait pas toujours distinguer entre les domaines qui appar- » tiennent à la couronne à titre de propriété, et ceux qui, comme » les rivières, les grands chemins, les ports et les rades, lui » sont attribués à titre de souveraineté, et qui par là même sont » essentiellement inaliénables.

» Les ordonnances de Louis XIV posèrent clairement cette dis- » tinction fondamentale, et ce ne fut plus comme *seigneur fon- » cier, mais par le seul titre de sa souveraineté*, que le roi fut » reconnu propriétaire de ces biens. »

Reprenons.

Dans un temps où on ne savait pas distinguer les domaines qui, comme les rivières, sont attribués à la couronne à titre de souveraineté... Il est évident que l'auteur veut parler ici du domaine public; or n'aurait-il pas dû dire au contraire, dans un temps où on ne devait pas distinguer ce qu'on appelle domaine public, parce que le droit public romain n'avait été accepté ni par la conquête ni par la féodalité?

L'ordonnance de 1566 *qui déclara le domaine inaliénable*

fut un premier remède... Oui, sans doute, mais en ce sens seulement, qu'elle posa le principe général de l'inaliénabilité du domaine. Et l'auteur n'oublie-t-il pas de dire qu'il existait deux édits de 1566, et que le second laissait à la couronne la pleine propriété de certaines choses qu'on a appelées par suite petit domaine? Ainsi, s'il est vrai qu'en règle générale le roi ne détient le domaine qu'à titre de souveraineté, il ne l'est pas moins que, par une exception créée en même temps que le principe, il conserve la pleine propriété des biens du petit domaine.

Les ordonnances de Louis XIV posèrent clairement cette distinction fondamentale, et ce ne fut plus comme seigneur foncier, mais par le seul titre de sa souveraineté, que le roi fut reconnu propriétaire de ces biens.

L'auteur reconnaît donc qu'avant 1566 le roi en était propriétaire exclusif, et qu'ils étaient confondus dans sa main avec les autres biens domaniaux. A-t-il cessé de l'être, notamment des rivières, à partir de 1566? Nous ne le pensons pas; et ce qui justifie notre opinion, ce sont, indépendamment de la distinction du petit domaine, les édits de 1683 et 1693 dont parle ici M. Daviel. Il est manifeste qu'en attribuant au roi *la pleine propriété* des rivières navigables (ce sont les termes mêmes des édits de Louis XIV), ils ont entendu maintenir la division du domaine établie par les édits de 1566, et laisser au roi la disposition de la propriété des rivières. Pleine propriété! est-il un mot plus compréhensif? et ne signifie-t-il pas que le roi est resté, comme devant, seigneur foncier des rivières? Qu'importe maintenant que les édits de 1683 et de 1693 aient ajouté à titre de souveraineté, ce n'est pas moins un droit de pleine propriété qui est dévolu au roi. Et d'ailleurs, est-ce que souveraineté et propriété sont inconciliables? est-ce que souveraineté et domaine public sont synonymes? Le domaine, dit Proudhon, se divise en domaine de souveraineté, domaine public et domaine privé... Le domaine public est donc autre chose que le domaine de souveraineté proprement dit. Pourquoi donc la législation n'aurait-elle pas pu conférer au roi la faculté de disposer en pleine propriété de certains biens du domaine de souveraineté, stériles dans ses mains? Les domanistes ne s'aperçoivent pas qu'en lui contestant

cette faculté, c'est leur propre charte, les édits de 1566, qu'ils attaquent et déchirent. Si sous les rois des deux premières races et sous la féodalité, il eût existé en France un domaine public, tel que le comprenait le droit romain et tel que l'ont composé la loi du 22 novembre 1790 et l'art. 538 du Code Napoléon, à aucune époque de notre histoire les rois n'auraient eu la pleine propriété des rivières : si donc ils en ont disposé librement et en pleine propriété durant treize siècles, si la charte domaniale de 1566 a divisé le domaine de souveraineté en domaine inaliénable et domaine aliénable, si l'ordonnance de 1669, tout en déclarant les eaux navigables partie intégrante du domaine de la couronne, a respecté les droits de pêche, moulins, bacs et autres usages que les particuliers pouvaient y avoir par titres et possessions valables, si enfin les édits de 1683 et de 1693 ont maintenu les rois dans la pleine propriété, à titre de souveraineté, des rivières navigables, il faut en conclure que c'était cette propriété même qui était un attribut de la souveraineté, et qu'il n'y avait pas en France de domaine public constitué comme il l'a été depuis par la loi de 1790 et par l'art. 538 du Code Napoléon.

La Cour de Rouen a donc commis une erreur, dans son arrêt du 20 juillet 1852, quand elle a décidé que, de tout temps, les eaux navigables avaient appartenu au domaine public, et qu'à ce titre elles n'avaient jamais été susceptibles d'un droit de propriété privé et absolu.

Ce qu'il faut dire, au contraire, c'est que la loi du 22 novembre 1790 est la première qui ait constitué en France le domaine public, tel que la législation romaine l'avait composé, et que, jusque-là, les rivières ont appartenu aux rois en pleine propriété.

Cette propriété était-elle aliénable dans leurs mains? Oui, avons-nous déjà dit; maintenant il faut prouver.

§ 2. — 1re Époque, s'arrêtant à 1566.

Le principe de l'inaliénabilité du domaine en général, principe posé par les légistes dans les temps féodaux, fut lent à passer dans la législation. L'usage n'en remonte guère au delà du règne de Philippe V, qui révoqua en 1318 les aliénations de ses prédécesseurs, et il ne fut pas parfaitement établi, même en théorie,

avant le XVe siècle. Mais il faut remarquer que toutes les ordonnances de cette dernière époque, telles que celles de 1401 et 1483, aussi bien que celles de 1318, 1358 et 1366, n'étaient que révocatoires, et qu'elles ne furent qu'imparfaitement exécutées, puisque chaque roi était obligé de les renouveler même plusieurs fois, pendant son règne.

L'incertitude ne fut donc fixée, et le principe ne fut définitivement et nettement posé qu'en 1566, par Charles IX [1].

Ici se présentent les deux édits de février 1566 dont nous avons déjà parlé.

Le premier, général et irrévocable, consacre l'inaliénabilité du domaine en ces termes :

« Art. 1er. Le domaine de notre couronne ne peut être aliéné » qu'en deux cas seulement, l'un pour apanage des puînés mâles » de la maison de France; l'autre pour l'aliénation à deniers » comptants, pour la nécessité de la guerre, après lettres pa- » tentes pour ce décernées et publiées en nos parlements, auquel » cas il y a faculté de rachat perpétuel.

» Art. 2. Le domaine de notre couronne est entendu, celui » qui est expressément consacré, uni et incorporé à notre cou- » ronne, ou qui a été tenu ou administré par nos receveurs et » officiers, par l'espace de dix ans, et est entré en ligne de » compte.

» Art. 3. De pareille nature et condition sont les terres autre- » fois aliénées et transférées par nos prédécesseurs rois, à la » charge de retour à la couronne en certaines conditions de mâles » ou autres semblables. »

Le second porte :

« Étant dûment averti de la grande quantité de terres, prés, » marais et palus vagues à nous appartenant, et étant en plu- » sieurs endroits, pays et provinces de cestuy royaume dont ne se » tire par nous ou nos sujets aucun fruit, profit ou utilité, etc...

» Avons par édit perpétuel et irrévocable ordonné et ordon- » nons que toutes et chacune desdites terres, prés, palus, ma- » rais vagues à nous appartenant en quelque lieu qu'ils soient,

[1] Hallam, t. I, p. 343. — Pastoret, préface du titre 15 des ordonnances.

» seront par nous baillés et délivrés à perpétuité à ceux de nos » sujets qui en voudront prendre de nous à cens, rente et de- » niers d'entrée modérés, etc... »

De ces deux édits ressort la division du domaine de la couronne en deux domaines, l'un inaliénable excepté en deux cas; l'autre, le petit domaine, essentiellement aliénable et se composant, suivant la définition de d'Aguesseau, de cette espèce de biens dont on ne tire aucun fruit ou profit, et dont on ne peut jouir qu'en les aliénant [1]. Mais jusqu'à 1566 la doctrine de l'inaliénabilité, née dans le XIVe siècle, n'a été qu'une simple maxime de droit public plus ou moins contestée et presque toujours inexécutée, et ce n'est qu'à cette époque qu'elle a été érigée par le chancelier de L'Hôpital en règle absolue. On comprend dès lors que toutes les aliénations du domaine sans clause de retour indistinctement, et toutes les prescriptions acquises antérieurement, fussent irrévocables. C'est bien ainsi, du reste, que l'ont entendu les édits d'avril 1683 et de décembre 1693. En 1790, l'Assemblée constituante elle-même, tenant compte des faits accomplis sous l'empire des anciennes lois, et pour ne pas troubler de longues possessions consacrées par la bonne foi des générations qui s'étaient succédé, a considéré le premier édit de 1566 comme la déclaration authentique et le point de départ de l'inaliénabilité du domaine [2]. Voilà ce que la Cour de Rouen paraît ne pas avoir remarqué dans une cause où il s'agissait pourtant d'une concession de saint Louis à l'abbaye du Trésor, monastère de fondation royale; d'une autre faite par François Ier en 1528, vérifiée et enregistrée en parlement et à la chambre des comptes, et de sous-aliénations antérieures aussi à 1566; elle a été plus loin que le Conseil d'État lui-même, qui reconnaît au moins que les concessions sur les fleuves, comme toutes les autres aliénations du domaine faites sans clause de retour avant 1566, constituent de véritables droits de propriété; et, chose étrange! pour décider de la sorte, elle s'est appuyée précisément sur l'édit de 1683 et sur la loi du 22 novembre 1790, qui

[1] D'Aguesseau, t. X, p. 314.
[2] Laferrière, t. II, p. 229.

confirment au contraire les aliénations antérieures à l'édit de février 1566.

Si les aliénations qui ont précédé 1566 confèrent à ceux qui les ont obtenues un droit de propriété incontestable, en est-il de même des concessions faites postérieurement à l'édit? C'est ce que nous allons maintenant examiner.

§ 3. — 2e Époque, de 1566 au 22 novembre 1790.

Ici nous allons nous trouver en désaccord avec le Conseil d'État, qui persévère à juger que toutes les aliénations des rivières navigables sont essentiellement révocables et non translatives de propriété. Il ne tient aucun compte de la différence des deux domaines résultant des édits de 1566, et il soumet les rivières navigables à la même inaliénabilité que les autres domaines de la couronne; il ne veut pas que la pleine propriété des eaux navigables ait continué d'appartenir au roi après 1566. Est-il dans le vrai?

Le premier argument qui se présente en faveur de la thèse du Conseil d'État, consiste à dire que les rivières navigables ne sont point rappelées dans l'édit du petit domaine; mais on y répond en faisant remarquer que cet édit n'est pas limitatif, et que d'ailleurs elles ne sont pas non plus mentionnées dans le premier édit constitutif de l'inaliénabilité du domaine... C'est donc ailleurs qu'il faut s'enquérir, pour savoir si les eaux navigables ont été classées dans le petit domaine. Or la preuve s'en trouve dans toute une série d'actes législatifs postérieurs à 1566.

En 1668, le roi rend un édit portant que les détenteurs des îles, atterrissements, droits de pêche, péages, passages, bacs, bateaux, ponts et *moulins*, et autres droits sur les rivières navigables, qui justifieront d'une possession de cent années, y seront confirmés à perpétuité, en payant une redevance du vingtième du revenu.

En 1669, ordonnance des eaux et forêts, qui tout en déclarant que les rivières navigables font partie du domaine de la couronne, maintient les droits de pêche, *moulins*, bacs et autres usages que les particuliers peuvent y avoir par *titres et possessions valables*.

1683, Édit qui confirme les aliénations fondées en titre authentique ou possession antérieure à 1566.

1693, Nouvel édit qui, considérant qu'il ne se trouvait presque aucun des détenteurs qui pût rapporter des titres conformes à la déclaration de 1683, juge à propos, pour terminer entièrement cette recherche, de maintenir tous les possesseurs et détenteurs, à la charge de payer deux années de revenu ou le dixième de la valeur; cet édit a été vérifié et enregistré au parlement le 15 décembre 1693.

Enfin, en 1708, dernier édit qui déclare dans les termes les plus précis que les eaux navigables sont du petit domaine, et qui va même jusqu'à donner toute la nomenclature des choses qui le composent, à savoir : « les moulins, fours, pressoirs, » halles, maisons, boutiques, échoppes, places à étaler, places, » vins et vignes, communes, landes, bruyères, pâtis, marais, » étangs, bocqueteaux séparés des forêts, bois, bateaux, péages, » travers, ponts, passages, droits de minage, mesurage, au- » nage, poids, greffes, tabellionages, prés, atterrissements, îlots, » créments, *droits sur les rivières navigables*, *leurs fonds*, *lits*, » *bords*, *quais*, *marchepieds*, *les bras*, *courants*, eaux mortes, » canaux et places qui ont servi aux fossés, murs, remparts et » fortifications tant anciennes que nouvelles. »

Si de la législation nous passons aux auteurs, nous rencontrons tout d'abord deux jurisconsultes d'une grande autorité, Merlin[1] et M. Troplong[2], qui, eux aussi, proclament que sous l'ancien droit les rivières navigables avaient toujours appartenu au petit domaine, déclaré aliénable. En effet, cet édit de 1708, dernier mot de l'ancienne législation sur les eaux navigables, n'a été que la conséquence et le développement du principe posé dans le second édit de 1566 et dans les édits et ordonnances subséquents..... Vérifié et enregistré au parlement, il a fait la loi du domaine jusqu'en 1790.

Qu'on cite donc un édit qui l'ait abrogé avant la loi de 1790!

Dira-t-on que cette loi est purement déclarative, et qu'en faisant entrer les rivières dans le domaine public, elle n'a fait que

[1] Merlin, v° *Domaine*.
[2] Troplong, *De la prescription*, t. I, n° 184.

reproduire un principe préexistant?... Ce serait une erreur, car il est, ce semble, pleinement prouvé que le principe qu'elle consacre n'a jamais préexisté depuis l'établissement de la monarchie des Francs. C'est quelque chose sans doute qu'une législation de quatorze siècles; et puis, aurait-on la prétention de lui attribuer une puissance de rétroactivité telle qu'elle eût effacé des droits acquis de bonne foi, sous l'empire d'une législation qui autorisait l'aliénation des petits domaines? S'il en était ainsi, on demanderait pourquoi elle a respecté les concessions du grand domaine antérieures à 1566. Il y a plus; dans le fond de sa pensée, elle est si peu hostile au principe d'aliénabilité, qu'elle proclame elle-même, au nom de l'intérêt public, le grand domaine aliénable pour l'avenir.

Comment ces édits de 1668, de 1683, de 1693, qui maintiennent les concessions faites *jusqu'alors*, c'est-à-dire postérieurement même à 1566; cette ordonnance de 1669 qui confirme aussi les droits de pêche, de moulin, etc... acquis aux particuliers, et cet édit si concluant de 1708, n'ont-ils pas frappé le Conseil d'État? Il méritait bien, ce semble, qu'il les discutât et qu'il dît pourquoi il les répudiait. Mais non, il s'est contenté de poser le principe contraire, en termes absolus, sans autres motifs, et en visant seulement l'édit de 1566, l'ordonnance de 1669, l'édit d'avril 1683, le décret du 22 novembre 1790, la loi du 6 octobre 1791 et celle du 16 septembre 1807; il a passé sous silence, remarquons-le bien, et l'édit de décembre 1693 et celui si concluant de 1708, et les lois du 14 ventôse an VII et 12 mars 1820. Pourquoi? Ce que nous avons dit des édits de 1693 et de 1708 l'explique déjà. Il faut rechercher maintenant l'influence qu'auraient dû avoir les lois du 14 ventôse an VII et du 12 mars 1820 sur la solution de la question qui nous occupe. Le Conseil d'État a-t-il pensé que ces lois étaient inapplicables aux eaux navigables? Si telle a été sa manière de voir, elle est en contradiction manifeste avec la doctrine qu'il a voulu établir.

Examinons :

La loi du 14 ventôse an VII contient deux dispositions principales, l'une qui maintient toutes les aliénations du grand domaine antérieures à 1566, et qui révoque celles qui sont posté-

rieures à cette date (articles 1 et 4); l'autre qui confirme les aliénations des terres vaines et vagues, des landes, bruyères, palus et marais (article 5, n° 3), et celles des terrains dépendant des fossés, murs et remparts des villes, si elles sont consacrées par la possession quadragénaire (article 5, n° 5). Nous ne retrouvons pas dans cette seconde disposition la date fatale de 1566... pour quelle raison? Parce que les terres vaines et vagues, les marais, les landes, bruyères, palus et marais, les fossés, les murs et les remparts des villes avaient fait partie du petit domaine, et comme tels avaient été aliénables jusqu'à la loi de 1790. L'article 5, n°s 3 et 5, n'est au fond que la copie du second édit de 1566, relatif au petit domaine; et si la loi n'avait pas voulu conserver la distinction posée entre les deux domaines par les édits, il est évident qu'elle n'eût confirmé pour le petit, comme pour le grand domaine, que les aliénations antérieures à 1566; elle n'eût pas surtout reconnu l'efficacité de la possession quadragénaire en ce qui touchait les murs, fossés et remparts des villes. Cette disposition, qui consacre la possession de quarante ans, est vraiment un trait de lumière; c'est la possession quadragénaire acquise au 22 novembre 1790, qu'elle sanctionne, parce qu'elle comprend que ce n'est que par la loi de 1790 que les murs, fossés et remparts des villes ont été rangés dans le domaine public. Assurément si la distinction du domaine public avait préexisté à la loi de 1790, si cette loi, comme le fait entendre l'arrêt de la Cour de Rouen, n'avait été que déclarative, le législateur de l'an VII n'eût pas donné effet, jusqu'en 1790, à la possession quadragénaire sur les murs, fossés et remparts des villes : donc la loi du 14 ventôse reconnaît tout à la fois, que le principe d'aliénabilité du petit domaine s'est maintenu jusqu'en 1790, et que ce n'est que de cette dernière époque que date la constitution du domaine public. Mais ici on fait observer que les rivières navigables ne sont pas comprises parmi les biens dont l'article 5 confirme l'aliénation. Le fait est vrai; mais qu'est-ce à dire? s'ensuit-il que la loi de 1790 ait reçu de cette omission une telle force rétroactive qu'elle ait effacé le principe d'aliénabilité qui a existé jusqu'à sa publication... et puis, si les fleuves ne sont plus du petit domaine, s'ils sont de-

venus inaliénables de par l'article 5 de la loi, ils doivent rentrer alors dans le grand domaine qui fait l'objet de l'article 1er; il faut bien qu'ils appartiennent à l'un ou à l'autre, et c'est ce qu'a pensé manifestement le Conseil d'État, quand il a prononcé l'irrévocabilité des concessions faites sur *les rivières navigables* avant 1566; il n'a pu faire cette distinction entre les aliénations antérieures et celles postérieures à 1566, qu'en considérant les fleuves eux-mêmes comme partie intégrante du grand domaine, qu'en jugeant nécessairement que la loi de 1790, qui a constitué le domaine public imprescriptible et inaliénable et y a fait entrer les fleuves, n'avait pas eu de réaction sur les faits accomplis avant 1566; en d'autres termes, qu'il n'est pas exact de dire que les eaux navigables aient toujours été du domaine public; et si, d'après sa jurisprudence, elles étaient aliénables avant 1566, elles appartenaient nécessairement au domaine de la couronne. Cela posé, que devait-il faire pour être conséquent à lui-même...? Il devait appliquer aux concessionnaires des rivières, non moins qu'aux possesseurs des autres biens domaniaux, les lois du 14 ventôse an VII et du 12 mars 1820. En effet, une fois classés dans le domaine de la couronne, qui n'est devenu inaliénable que depuis l'édit de 1566, il doit en être des aliénations qui en ont été faites postérieurement comme de celles des autres biens domaniaux, et on doit leur faire l'application d'abord des articles 13 et 14 qui confirment tous les détenteurs du domaine dans leurs droits, à la charge de payer le quart de la valeur desdits biens, ensuite des articles 7 et 9 de la loi du 12 mars 1820, qui déclarent la propriété des biens domaniaux incommutable dans la main de ceux de leurs possesseurs qui n'ont pas été inquiétés par l'administration, dans le délai de trente années à compter du 14 ventôse an VII.

On ne peut échapper à cette conséquence qu'en classant les rivières en dehors du domaine de la couronne, qu'en faisant réagir la loi du 22 novembre 1790; et c'est ce que le Conseil d'État n'a ni pu ni voulu faire. Par cela seul qu'il a maintenu les concessions antérieures à 1566, il a confessé que les eaux navigables ne faisaient pas partie du domaine public avant 1566, et s'il a prononcé l'inefficacité des aliénations postérieures à 1566,

ce n'est certes pas qu'il ait voulu que les fleuves eussent appartenu au domaine public depuis 1566... non, le seul fait dont il se soit préoccupé, c'est l'inaliénabilité du grand domaine établie par le premier édit de 1566; autrement, on ne verrait pas pourquoi il aurait fait remonter l'effet de la loi de 1790 jusqu'à 1566, quand il n'avait pas voulu le faire réagir au delà de 1566. Quelle serait la raison de cette différence? pourquoi, si la loi de 1790 est rétroactive, sa réaction s'arrêterait-elle plutôt à 1566 qu'à une époque antérieure?

Encore un mot sur la loi du 12 mars 1820..., elle est à la fois politique et civile, un gage de paix publique. Elle a voulu effacer les traces de nos discordes intestines et la différence dans l'origine des biens. Pour raffermir le droit de propriété, elle a voulu rayer de nos codes les mots domaines nationaux, et c'est pour cela qu'elle a dit, dans son article 9, « à l'expiration de trente années » à compter de la publication de la loi du 14 ventôse an VII, » les domaines provenant de l'État, cédés à titre d'engagement » ou d'échange antérieurement à la loi des 22 novembre-1er dé- » cembre 1790, autres que ceux pour lesquels auraient été faites » ou seraient faites jusqu'à l'expiration desdites trente années » les significations et réserves réglées aux articles ci-dessus 7 » et 8, sont déclarés *propriétés incommutables* entre les mains » des *possesseurs actuels*, sans distinction de ceux qui se seraient » conformés ou non aux dispositions des lois des 14 ventôse » an VII, 12 pluviôse an XII, 28 avril 1816, 15 mai 1818.

» En conséquence, les possesseurs actuels desdits biens, en- » gagistes, échangistes, *ou concessionnaires* ou leurs représen- » tants, *seront quittes et libérés par l'effet seul de la présente loi*, » et sans qu'ils puissent être tenus de fournir aucune justifica- » tion, sous prétexte que lesdits biens proviendraient d'enga- » gements, d'échanges *ou de concessions avant ou depuis le mois* » *de février* 1566, avec ou sans *clause de retour*. »

Plus de distinction entre les engagements, échanges ou *concessions* antérieurs ou postérieurs à 1566... plus de prétexte! Cette disposition finale ne dit-elle pas que toutes les concessions du domaine, y compris celles des rivières, comme nous l'avons démontré, fussent-elles postérieures à 1566, et les possesseurs

n'en eussent-ils pas payé le quart, demeurent irrévocables, si l'administration des domaines n'a pas réclamé dans les trente années qui ont suivi la loi du 15 ventôse an VII?

Tel est le contraste de l'arrêt de la Cour de Rouen avec la doctrine du Conseil d'État. Celle-ci ne va pas assez loin; celui-là exagère. L'un veut que le domaine public, essentiellement imprescriptible et inaliénable, fût séparé du domaine de la couronne avant 1566, et qu'il comprît les eaux navigables; l'autre, en maintenant les concessions faites avant 1566, sur les rivières navigables, juge au contraire qu'il n'y avait point de distinction à cette époque entre le domaine public et le domaine de la couronne, et que les fleuves étaient alors aliénables.

Quant à l'intervalle de 1566 à 1790, l'un persévère dans sa distinction et veut que les eaux aient continué d'appartenir au domaine public, encore bien qu'elles eussent été classées comme propriété de la couronne dans le petit domaine par les édits de 1683, 1693 et 1708, combinés avec le second édit de 1566; l'autre les déclare biens inaliénables à partir de 1566, mais uniquement parce que le domaine de la couronne est devenu tel depuis cette époque. Le principe de ses décisions est l'inaliénabilité; il ne distingue point entre le domaine de la couronne et le domaine public.

Pour tout dire en un mot, le premier renoue la chaîne des temps, en faisant rétroagir la loi du 1er décembre 1790 jusque par delà la conquête ou suppose que la législation romaine, touchant le domaine public, n'a pas cessé d'être en vigueur en France; le second, au contraire, ne donne d'effet à la loi de 1790 qu'à partir de sa publication, et en cela il se montre logique; car si la loi de 1790, à son sens, n'a pas d'action sur les concessions antérieures à 1566, il est évident qu'il ne doit pas la faire réagir jusqu'à 1566. Aucune raison de droit ne l'autoriserait à arrêter à 1566 l'effet rétroactif de la loi.

Il est toutefois un point sur lequel la Cour de Rouen et le Conseil d'État s'accordent parfaitement, et c'est le seul..... l'oubli de la législation qui a constitué le petit domaine aliénable.

Concluons.

De l'examen attentif de la législation ancienne ressort cette

triple vérité, que la distinction entre le domaine de la couronne et le domaine public ne date, dans notre droit, que de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790;

Que depuis la conquête jusqu'aux édits de 1566, les eaux navigables n'ont pas cessé d'appartenir en pleine propriété soit aux rois, soit aux seigneurs féodaux, et que dans leurs mains elles étaient aliénables;

Que depuis le second édit de 1566 jusqu'à la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, elles ont été classées dans le petit domaine de la couronne, et que, par suite, elles ont continué d'appartenir en pleine propriété aux rois et d'être aliénables;

Et de la jurisprudence du Conseil d'État, à supposer qu'on s'y arrête, il résulte qu'elles ont toujours fait partie du domaine de la couronne, aliénable avant 1566, inaliénable depuis, et non pas du domaine public défini et constitué par la loi du 1er décembre 1790 à l'imitation des lois romaines; que dès lors les lois des 14 ventôse an VII et 12 mars 1820 leur sont applicables... De tout quoi il faut définitivement conclure qu'il peut exister des droits de propriété privée sur les rivières navigables, leurs fonds, lits, bords, quais, marchepieds et *courants* (expressions de l'édit de 1708), et que dans l'hypothèse la plus défavorable, ces droits, résultant de concessions royales, sont devenus, aux termes de la loi du 12 mars 1820, incommutables, dans les mains de leurs possesseurs, par la prescription de trente années accomplie depuis la publication de la loi du 14 ventôse an VII.

DUWARNET.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages

Académie de législation de Toulouse. Concours de 1853. 512
Acquêts. — Communauté. — Partage d'ascendant. 13
Actes de commerce. — Assurances terrestres. 239
Action en justice. — Jeu. — Mandat. 8
Action paulienne. — Créanciers postérieurs. 412
Actions industrielles. — Agents de change. — Notaires. 2
Adjudication. — Droit d'enregistrement. 21
— Transcription.. . . . . 111 et 270
Adoption. — Donation. — Révocation. . . . . 275 et 467
Agents de change. — Actions industrielles. — Notaires. 2
Appels comme d'abus, par M. Batbie. 505
Arbitrage volontaire. — Clause compromissoire. 214
Associés. — Recel. 77
Assurances terrestres. — Actes de commerce. 239
Autorisation maritale. — Femme mariée. 327
Avancement d'hoirie. — Disponible. — Réserve. . . . . 81, 148 et 729
Avoué. — Cession de droits litigieux. 726
Bail verbal. — Preuve testimoniale. 189
Bail à colonage. — Incendie. — Responsabilité. 342
Bail à ferme. — Pailles et fumiers. 530
Barreau et magistrature, par M. Billot. 510
Barreau romain, par M. Grellet-Dumazeau. . . . . 508 et 704
Bavière. — Droit pénal. 616
Bois de l'État. — Prescriptibilité. 296
Cession de créance. — Saisies-arrêts. — Concours. 717
Cession de droits litigieux. — Avoué. 726
Chose jugée. — Quittance. — Exception de payement. 257
Clause compromissoire. — Arbitrage volontaire. 214
Code criminel de Bavière, traduit par M. Vatel. 616
Communauté. — Acquêts. — Partage d'ascendant. 13
— Attribution intégrale. — Reprises. 267
— Condamnations. — Récompense. 523
— Femme. — Obligation solidaire. 16

Communauté. — Immeuble commun. — Donation par le mari et la femme. . 129
— Inaliénabilité des biens de la femme. 592
— Partage. — Soulte. . . . . 139 et 266
— Réalisation. — Estimation. — Prélèvements. 528
— Récompense. — Prix de vente. — Dissimulation. — Preuve. 652
— Reprises. — Nature de ce droit. 577
— Renonciation. — Inventaire. 655
— Retrait d'indivision. — Propres. 513
Compétence administrative. — Dettes de l'État. 428
— Usines. — Force motrice. 25
Comptes. — Révision. — Redressement. 485
Contrainte par corps. — Matière criminelle. — Mineur. 491
Contravention. — Procès-verbal. — Témoin unique. 599
Contumace. — Mort civile. — Mariage. 325
Copropriété. — Droit de vue. 70
Créance. — Cession. — Saisies-arrêts. — Concours. 717
Créanciers. — Action paulienne. 412
— Droits du débiteur. — Autorisation de justice. 341
— Partage frauduleux. 248
Démence. — Testament authentique. — Preuve. 336
Désaveu d'enfant. — Recel. — Héritiers du mari. 452
— Recel. — Preuve. 65
Dettes de l'État. — Compétence. 428
Domaine public. — Eaux navigables. 744
Domat. Notice biographique. 496
Donation. — Droit de retour. — Enfant naturel. 12
— Partage d'ascendant. — Enregistrement. 530
— Révocation. — Adoption. . . . . 275 et 467
— Transcription. 711
Donation à terme. — Droit d'enregistrement. 556
Donation de biens communs par le mari et la femme. 127
Donation mobilière. — Transcription. 272
Dot mobilière. — Aliénabilité. . . . . 206 et 458
Droit d'enregistrement. — Adjudication. 21
— Donation à terme. 556
— Donation mobilière. — Transcription. 272
— Licitation. — Copropriété. . . . . 111 et 270
— Nue propriété. — Transmission gratuite. 310
— Partage d'ascendant. — Donation. 530
— Surenchère. — Expertise. 408
— Transaction. 148
Droits litigieux. — Cession. — Avoué. 726
Droit pénal. — Bavière. 616
— Italie. 373
Eaux navigables. — Propriété. 744
Enfant naturel. — Donation. — Droit de retour. 12
— Incapacité de recevoir. 209
— Filiation. — Possession d'état. — Mère. . . . . 465 et 641
— Reconnaissance après la mort. — Succession. 646

Époux. — Quotité disponible. . . . . 202 et 532
Escroquerie. — Conditions légales de ce délit. 211
Femme mariée. — Autorisation maritale. 327
Garde nationale. — Commentaire, par M. E. Dalloz. 63
Héritier renonçant. — Réserve. — Quotité disponible. . . . . 81, 148 et 729
Histoire du Conseil d'État, par M. Regnault. 700
Hypothèque. — Mandat. — Acte authentique. 199
Hypothèque générale. — Collocation. — Concours. — Subrogation. 397
Hypothèque légale de la femme. — Aliénation du fonds dotal. 386
— Purge. — Droit de préférence. 403
Hypothèque légale de la femme sous le régime dotal, par M. Berthon. . . . 127
Inaliénabilité dotale. — Garantie de la femme. 198
— Hypothèque légale. — Date. 386
Incendie. — Responsabilité. — Bail à colonage. 342
Inscription hypothécaire. — Intérêts. — Année courante. 407
Intérêts. — Offices. — Traité secret. 59
Intervention en matière criminelle. 676
Italie. — Droit pénal. 373
Jeu. — Action en justice. — Mandataire. 8
Jurisprudence administrative — Usines. — Force motrice. . . . . 25 et 180
Jurisprudence du XIXe siècle, par M. Devilleneuve. 123
Jurisprudence du Conseil d'État en matière de travaux publics, par M. Delvincourt. 575
Justices seigneuriales. — Droit féodal. 687
Légataires universels. — Dettes héréditaires. . . . . 167, 197, 344 et 469
— Testament olographe. — Vérification d'écriture. 329 et 707
Legs rémunératoire. — Médecin. — Obligation naturelle. 649
Legs universel. — Révocation. 335
Lettre de change. — Force majeure. 660
Licitation. — Enregistrement. — Transcription. . . . . 111 et 270
Limite du droit de rétention par l'héritier renonçant, par M. Coin-Delisle. 729
Maître de poste. — Brevet. — Rapport à succession. 19
Mandat. — Hypothèque. — Acte authentique. 199
— Jeu. — Action en justice. 8
Mariage. — Autorisation de la femme. 327
— Dissolution. — Mort civile. 325
— Mort civile. — Amnistie. 463
— Mort civile. — Pourvoi en cassation. 449
— Officier de l'état civil. — Usurpation de fonctions. 597
— Officier de l'état civil. — Incompétence. — Publicité. 714
— Puissance maritale. — Force publique. 580
— Publicité. 596
Mariage en pays étranger. — Publication. 67
Mines. — Louage partiel. 275
Mineur. — Contrainte par corps en matière criminelle. 491
— Vente verbale faite par son auteur. 456
Mort civile. — Mariage. — Amnistie. 463
— Mariage. — Dissolution. 325
— Mariage. — Pourvoi en cassation. 449

Notaires. — Agents de change. — Vente judiciaire. 2
Offices. — Clause compromissoire. 242
— Destitution. — Privilége. 406
— Traité secret. — Remise volontaire. — Intérêts. 40
Partage d'ascendant. — Acquêts. — Communauté. 13
— Enregistrement. — Donation. 530
— Rescision. — Prescription. 276
Partage de succession. — Recel. 76
Partages frauduleux. — Créanciers non opposants. 248
Possession d'état. — Filiation naturelle. . . . . 465 et 641
Pourvoi en cassation. — Mort civile. — Mariage. 449
Prescription. — Bois de l'État. 296
Preuve par témoins. — Témoin unique. 509
Priviléges. — Rang. — Fournisseurs. — Bailleur. — Gens de service. . . . 116
— Office. — Destitution. 406
Puissance maritale. — Force publique. 530
Quasi-délit. — Solidarité. 571
Quotité disponible. — Héritier renonçant. . . . . 81, 148 et 729
— Réserve. — Usufruit. 453
Quotité disponible entre époux. . . . . 202 et 532
Rapport à succession. — Maître de poste. — Brevet. 19
Recel. — Associés. 77
— Partage de succession. 76
— Tutelle légale. — Prescription. 77
Récompense. — Condamnations. 523
— Donation par le mari et la femme. 129
— Prix de vente. — Dissimulation. — Preuve. 652
Régime dotal. — Dot mobilière. — Aliénabilité. . . . . 206 et 458
— Vente. — Garantie de la femme. 193
Règlements administratifs. — Effet rétroactif. 180
Remploi. — Hypothèque légale de la femme. 396
Rente viagère. — Communauté. — Récompense. 136
Reprises; leur nature. — Communauté. 577
Réserve. — Quotité disponible. — Renonciation. . . . . 81, 148 et 729
— Quotité disponible. — Usufruit. 453
Retrait d'indivision. — Communauté. — Propres. 513
Retrait litigieux. — Droit immobilier. — Copropriétaire. 79
Révocation. — Donation. — Adoption. . . . . 275 et 467
— Testament. 335
Saisies-arrêts. — Cession de créance. — Concours. 717
Servitude. — Aliénation. — Destination du père de famille. 73
— Continuité. 68
— Rétablissement. — Changement d'état. 72
— Vues. — Terrain commun. 70
Servitude future. — Validité. 211
Servitudes d'utilité publique, par M. Jousselin. 633
Sociétés commerciales. — Dissolution. — Perte de la chose. 306
Solidarité. — Quasi-délit. 571
Testament. — Legs universel. — Révocation. 335

Testament authentique. — Démence. — Preuve. 336
— Impossibilité de signer. . . . . 337 et 705
Testament olographe. — Date. 598
— Légataire universel. — Vérification d'écriture. 329 et 707
Transaction. — Droit d'enregistrement. 143
Tutelle légale. — Recel. — Prescription. 77
Usines. — Force motrice. — Compétence. 25
Usufruit. — Quotité disponible. — Réserve. 453
Usufruit légal. — Défaut d'inventaire. — Déchéance. 600
Vente. — Action rédhibitoire. — Immeuble. 455
— Fonds dotal. — Garantie de la femme. 193
Vente judiciaire. — Agents de change. — Notaires. 2
Vente verbale. — Acte postérieur. — Héritier mineur. 456
Vues. — Copropriété. — Servitude. 70

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages

BERRIAT SAINT-PRIX : De l'obligation aux dettes des légataires universels. 167 et 469

BONNEVILLE : Examen du Code pénal de Bavière, traduit par M. Vatel. . . . 616

G. DEMANTE : Avancement d'hoirie. — Calcul de la quotité disponible. 81 et 148

Enregistrement. — Donation à terme 556

Examen du *Traité sur la limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant* de M. Coin-Delisle. 729

DE VIENNE : Compte. — Révision. — Redressement. 485

DOMENGET : Compte rendu du *Commentaire de la loi sur la garde nationale*, par M. E. Dalloz. 63

Compte rendu du *Traité de l'hypothèque légale de la femme sous le régime dotal*, par M. Berthon. 127

Compte rendu du *Barreau romain*, par M. Grellet-Dumazeau, et du *Barreau et de la Magistrature*, par M. Billot. 508

DORLENCOURT : Enregistrement. — Transmission gratuite ou par décès d'une nue propriété. 310

DUWARNET : De la propriété des eaux navigables. 744

FLOTARD : De l'état actuel du droit pénal en Italie. 373

NICIAS-GAILLARD : De la contribution aux dettes des légataires universels . . 344

JAY : Concours du privilége des fournisseurs et du bailleur. 116

JOUSSELIN : De la compétence à l'effet de prononcer sur les indemnités pour suppression de la force motrice des usines. 25

Des mots *effets rétroactifs* et *droits acquis* en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire. 180

A quelle autorité il appartient de prononcer sur les dettes de l'État. 428

LAFERRIÈRE : Des justices seigneuriales. 687

LEBAIGUE : Compte rendu de la *Jurisprudence du Conseil d'État en matière de travaux publics*, par M. Delvincourt. 575

LEGENTIL : Partage frauduleux. — Créanciers non opposants. 248

MAGNIER : De la solidarité en matière de quasi-délits. 571

MARCADÉ : Examen doctrinal d'août 1851. 65
Compte rendu de la *Jurisprudence du XIXe siècle*, par MM. Devilleneuve et Gilbert. 193
De la preuve du bail verbal. 189
Examen doctrinal d'octobre 1851. 123
De la révocation des donations par l'adoption. 275
Examen doctrinal de janvier 1852. 325
Examen doctrinal de mars 1852. 449
De la quotité disponible entre époux. 532
Examen doctrinal de mai 1852. 577
Examen doctrinal de juillet 1852. 705

MIMEREL : Offices. — Traités secrets. 40
De l'action paulienne. 412
Compte rendu du *Traité de l'appel comme d'abus*, par M. Batbie. 505
Compte rendu du *Traité des servitudes d'utilité publique*, par M. Jousselin. 633
Compte rendu de l'*Histoire du Conseil d'État*, par M. Regnault. 700

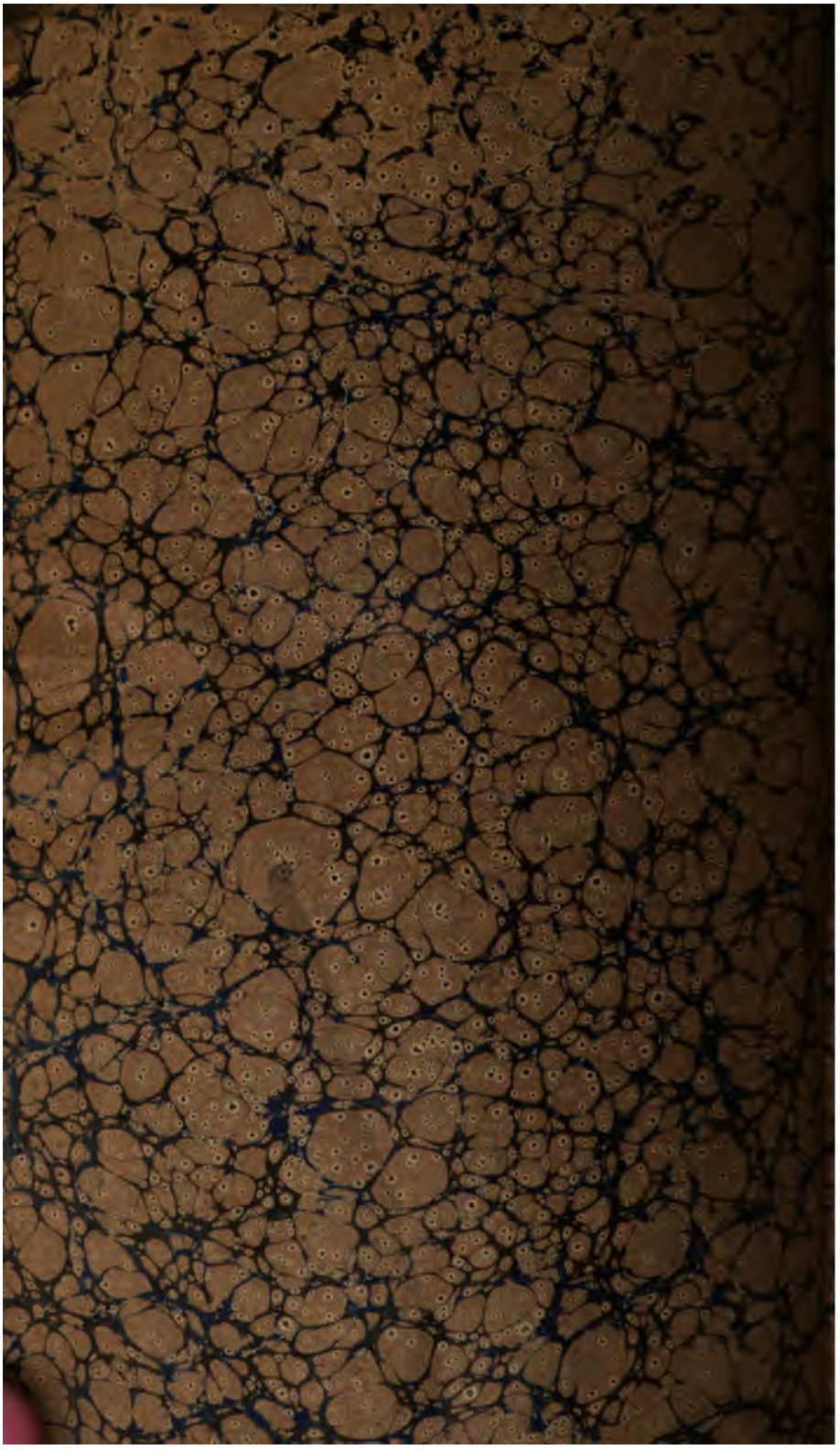
MOLINIER : Arbitrage volontaire en matière civile et commerciale. 214
Sociétés commerciales. — Dissolution. 366
Contrainte par corps en matière criminelle. — Mineur. 491
Lettres de change. — Force majeure. 660

MOULIN : Portraits de jurisconsultes. — Domat. 496

PONT : Examen doctrinal de juillet 1851. 1
Transcription. — Licitation. — Parts acquises. 111
Examen doctrinal de septembre 1851. 129
Examen doctrinal de novembre 1851. 257
Examen doctrinal de février 1852. 385
Examen doctrinal d'avril 1852. 513
Usufruit légal. — Déchéance. 600
Examen doctrinal de juin 1852. 641

SERRIGNY : De la prescriptibilité des bois de l'État. 296

VERNE : De l'intervention en matière criminelle. 676

Ex E.H.R.

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Ce, rue Racine, 26.